

Das Problem der sogenannten Ablösung in der Reichsgaragenordnung

Inauguraldissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der
Rechte der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von
Wolfgang Tidten
Referendar
aus Essen

1962

Das Problem der sogenannten Ablösung in der Reichsgaragenordnung

Inauguraldissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der
Rechte der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von
Wolfgang Tidten
Referendar
aus Essen

Erstberichterstatter: Prof. Dr. Hans J. Wolff

Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Hans Ulrich Scupin

Dekan: Prof. Dr. Rudolf Lukes

Tag der mündlichen Prüfung: 23. Juni 1962



Inhaltsübersicht

<u>1. Kapitel</u>	Seite:
Die Grundlagen der sogenannten Ablösung	1 - 16
§ 1 Einleitung	1 - 5
Das Verhältnis von § 2 und § 58 Abs. 2 RGaO - das Problem der sog. Ablösung - Gegenüberstellung der befürwortenden und ablehnenden Ansichten.	
§ 2 Die Bauerlaubnis und der baurecht- liche Dispens	6 - 16
Ihre Bedeutung für die sog. Ablösung - das Wesen der Bauerlaubnis - die Theo- rie vom "Verbot mit Erlaubnisvorbehalt" - Bedenken hiergegen - das Wesen des Dis- penses - der Unterschied von Erlaubnis und Dispens.	
<u>2. Kapitel</u>	
Der Rechtscharakter der sogenannten Ablösung	17 - 44
§ 3 Die Ablösung durch privatrechtlichen Vertrag	18 - 27
Die Auffassung Baldaufs - Begründung seiner Ansicht -- das Urteil des OLG Hamm vom 17.12.1958 - Dispensverträge des Fluchtlinienrechts und Ablösung - allgemeine Bedenken gegen die privat- rechtliche Natur von Ablösungsverein- barungen.	
§ 4 Die Ablösung durch öffentlich-recht- lichen Vertrag	28 - 35
Der subordinationsrechtliche Vertrag - einzelne kritische Meinungen - das	

Vordringen des öffentlich-rechtlichen Vertrages in der Verwaltungspraxis - die Gleichwertigkeit der vertraglichen Willenserklärungen beim subordinationsrechtlichen Vertrag - öffentlich-rechtlicher Vertrag und gesetzliche Ermächtigung - utilitaristische und normative Richtung -- mangelnde Eignung des § 58 Abs. 2 RGaO als Ermächtigungsnorm - Einschränkung der utilitaristischen Richtung.

- § 5 Die Ablösung als Nebenbestimmung einer nach § 58 Abs. 2 RGaO erteilten Befreiung - Begriff der Nebenbestimmung - Auflage und Bedingung als die für die Durchsetzung der Ablösung in Frage kommenden Nebenbestimmungen - die Erteilungsbedingung i.S. Hubers - Erteilungsbedingung und öffentlich-rechtlicher Vertrag - die Auflage als das geeignete Instrument für die Ablösung. 36 - 44

3. Kapitel

- Die Zulässigkeit der sogenannten Ablösung 45 - 77
- § 6 Verfassungsrechtliche Bedenken 46 - 47
Ablösungsauflagen und die Eigentums-
garantie des Art. 14 GG - die Verein-
barkeit der sog. Ablösung mit dem
Gleichheitsgrundsatz.
- § 7 Der Unmöglichkeitseinwand 48 - 51
Der polizeirechtliche Grundsatz -
Unmöglichkeit und die Normenqualität
der RGaO - die "offenbar nicht beab-
sichtigte Härte" in § 58 Abs. 2 RGaO.
- § 8 Der Grundsatz, daß hoheitliches 52 - 55
Handeln nicht verkauft werden darf
Der Vorwurf der Sachfremdheit -

Sachgemäßheit finanzieller Erwägungen
bei Ermessensentscheidungen - die
Auffassung des BGH - Schlußfolgerungen
für die sog. Ablösung.

§ 9 Das Fehlen einer ausdrücklichen 56 - 69
gesetzlichen Grundlage

Die Notwendigkeit eines inneren
Zusammenhanges zwischen Vergünstigung
und Auflage - Bestimmung vom Gesetz
und von der behördlichen Zuständigkeit
her - die ablehnenden Auffassungen -
innerer Zusammenhang bei Übereinstim-
mung mit der ratio des Gesetzes - die
Präambel der RGaO - ihre Auslegung -
der Unterschied von Abs.1 und Abs.2
bei § 2 RGaO - innerer Zusammenhang
und Zuständigkeit der Befreiungsbehörde.

§ 10 Der Tatbestand des § 58 Abs.2 RGaO - 70 - 76

Die beiden Befreiungsalternativen -
Vereinbarkeit der Befreiung mit den
öffentlichen Belangen nur bei zweck-
entsprechender Verwendung der Ablö-
sungsgelder - die Einhaltung der Zweck-
bindung und ihre Kontrolle.

§ 11 Ergebnis 77

Schrifttumsverzeichnis

- Apelt, Willibald: Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Leipzig 1920
- Baldauf, Günter: Die Reichsgaragenordnung in heutiger Sicht, BBBl 1955 S. 58 ff.
Lebensfremde Auslegung der Reichsgaragenordnung, BuG 1956 S. 242 ff.
Probleme bei der Auslegung der Reichsgaragenordnung, BuG 1957 S. 21 ff.
Die Rechtsprechung ebnet den Weg für die sogenannte Ablösung, BuG 1958 S. 316 ff.
- Baltz-Fischer: Preußisches Baupolizeirecht, 6. Aufl. Berlin 1934
- Büge-Zinkahn: Der Rechtsschutz gegen Verunstaltung, Düsseldorf 1952
- Diester, Hans: Wiederherstellung kriegszerstörter Gebäude und Reichsgaragenordnung, DVBl 1950 S. 424 ff.
- Drews, Bill: Preußisches Polizeirecht, besonderer Teil, Berlin 1933
- Drews-Wacke: Allgemeines Polizeirecht, 6. Aufl. Berlin 1952
- Eisentraut, Hugo: Bedingungen, Befristungen und Auflagen im preußischen Baupolizeirecht, Gießen 1925 Diss. jur.
- Eyermann-Fröhler: Verwaltungsgerichtsgesetz, Kommentar, München 1950
- Fachinger, Josef: Die Zulässigkeit verwaltungsrechtlicher Auflagen, DV 1949 S. 118 ff.
- Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. Band Allg. Teil, 7. Aufl. München 1958
- Frohberg, Günther: Verträge über die Pflichten aus der Reichsgaragenordnung, DWW 1956 S. 43 ff.
Probleme bei der Auslegung der Reichsgaragenordnung, BuG 1957 S. 111 ff.
- Huber, Ernst Rudolf: Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl. I. Band Tübingen 1953, II. Band Tübingen 1954
- Huber, Hans Rudolf: Verwaltungsrechtliche Auflagen und Bedingungen und ihr Zusammenhang mit dem Hauptinhalt von günstigen Verwaltungsakten, Zürich 1955 Diss. jur.

- Imboden, Max: Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Basel 1958
- Jellinek, Walter: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, Tübingen 1913
- Jung, Hans: Die Nebenbestimmungen der Verwaltungsakte, Mainz 1956 Diss. jur.
- Kegel/Baldauf: Baudispens nur bei Gegenleistung des Bauherrn, Der Städtetag 1953 S. 145 ff.
- Klinger, Hans: Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, 3. Aufl. Göttingen 1954
- Kormann, Karl: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910
- Krüger, Herbert: Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung, DVBl 1955 S. 380 ff.; S. 450 ff.; S. 518 ff.
- Listemann, Conrad: Die Reichsgaragenordnung und ihre Anwendung durch die Gemeinden, Köln 1958 Diss. jur.
- v. Mangoldt, Hermann: Nebenbestimmungen bei rechtsgewährenden Verwaltungsakten, VerwArch. Band 37 (1932) S. 101 ff.
- Maury : Parkflächenauflagen, DVBl 1950 S. 634 ff.
- Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, 2 Bände 3. Aufl. München 1924
- Pahlke : Das Wesen der Baugenehmigung und des Baudispenses und die Voraussetzungen zu ihrer Erteilung, VerwArch. Band 32 (1927) S. 37 ff.
- Peters, Hans: Lehrbuch der Verwaltung, Berlin 1949
- Pietzonka : Der baurechtliche Dispens, NJW 1957 S. 1582 ff.
- Richter, Walter: Probleme bei der Auslegung der Reichsgaragenordnung, BuG 1957 S. 181 f. und S. 275 ff.
- Rietdorf, Fritz: Ordnungsbehördengesetz, Kommentar, Stuttgart 1957
- Rößler, Peter: Der öffentlich-rechtliche Vertrag, Verwaltungspraxis 1956 S. 275 ff.
- Salzwedel, Jürgen: Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages, Berlin 1958

- Scholz: Die Lehre von der Bauerlaubnis, Verw. Arch. Band 23 (1915) S. 211 ff. und Band 24 (1916) S. 184 ff.
- Stern, Klaus: Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages, VerwArch. 1958 S. 106 ff.
- Stier-Somlo, Elster: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, II. Band Berlin 1927
- Thiel, Fritz: Zur Handhabung der Reichsgaragenordnung, DVBl 1954 S. 349 ff.
- Thiel-Frohberg: Reichsgaragenordnung, Kommentar, Düsseldorf 1956
- Vitt, August: Ebnet die Rechtsprechung den Weg für die sogenannte Ablösung? BuG 1959 S. 56 ff. und S. 90 ff.
- Wolff, Hans J.: Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, Arch. d. öff. R. Band 76 (1950/51) S. 205 ff.
- Wolff, Hans J.: Verwaltungsrecht I, 3. Aufl. München 1959

1. Kapitel

Die Grundlagen der sogenannten Ablösung

§ 1 Einleitung

Nachdem sich in den ersten Nachkriegsjahren in Rechtsprechung¹⁾ und Schrifttum²⁾ die Auffassung durchgesetzt hatte, daß die Verordnung über Garagen und Einstellplätze vom 17.2.1939 in der Fassung des Erlasses vom 13.9.1944 (Reichsgaragenordnung) weiterhin gültig sei, ist wegen der unterschiedlichen Handhabung ihrer Bestimmungen durch die zuständigen Bauaufsichtsämter die Frage nach der Zulässigkeit der sogenannten Ablösung aufgetaucht. Zunächst soll kurz umrissen werden, worum es hierbei geht.

§ 2 RGaO schreibt zwingend vor, daß jedermann, der Wohnstätten, Betriebs- und Arbeitsstätten oder ähnliche bauliche Anlagen errichtet oder Um- und Erweiterungsbauten ausführt, die den Wert solcher baulichen Anlagen erheblich steigern, für die vorhandenen und zu erwartenden Kraftfahrzeuge der Bewohner, des Betriebes und der Gefolgschaft Einstellplatz³⁾ in geeigneter Größe, Lage und Beschaffenheit samt den notwendigen Zubehöranlagen

-
- 1) vgl. OVG Hamburg DVBl 1951 S. 218 u. VerwRspr. Bd. 8 Nr.17; LVG Köln BuG 1953 S. 288
 - 2) Maury DVBl 1950 S.636; Diester DVBl 1950 S.425; Thiel DVBl 1954 S.349 m.weit.Nachw.
 - 3) Einstellplätze sind unbebaute oder mit Schutzdächern versehene, weder dem ruhenden noch dem fließenden öffentlichen Verkehr dienende Flächen, die zum Einstellen von Kraftfahrzeugen bestimmt sind (§ 1 Abs.1 RGaO).

auf dem Baugrundstück oder in der Nähe zu schaffen hat (Absatz 1). Wenn durch die Errichtung baulicher Anlagen voraussichtlich ein erheblicher Zu- und Abgangsverkehr entstehen wird, ist Einstellplatz auch für die nach Art des Betriebes gleichzeitig anwesenden Kraftfahrzeuge der Besucher und Benutzer zu schaffen, soweit es die hiernach zu erwartenden Verkehrsverhältnisse erfordern (Absatz 2). Es gilt also der Grundsatz, daß jedes Grundstück den von ihm ausgehenden ruhenden Verkehr aufzunehmen hat¹⁾. Zumindest muß in der Nähe genügend Einstellplatz nachgewiesen werden. Eine Ausnahme hiervon besteht nach Absatz 2 lediglich für den Zu- und Abgangsverkehr, wenn die nach Errichtung des Bauwerks zu erwartenden Verkehrsverhältnisse die Schaffung von Einstellplatz nicht erforderlich machen.

Diese insgesamt strengen Anforderungen werden durch § 10 RGaO etwas gemildert. Aus jener Vorschrift ergibt sich nämlich, daß der Verpflichtung zur Schaffung von Einstellplatz auch durch die Beteiligung an einer Gemeinschaftsanlage genügt werden kann. Hierunter sind Flächen oder Garagenanlagen zu verstehen, welche die grundstückszugehörigen Kraftfahrzeuge der Gemeinschaftsmitglieder aufzunehmen imstande sind, eine sichere und geschützte Abstellmöglichkeit bieten und weder dem ruhenden noch dem fließenden öffentlichen Verkehr dienen²⁾. Der Gesetzgeber kommt also den Bedürfnissen des Städtebaus insofern entgegen, als er durch die Anerkennung von Gemeinschaftsanlagen als Pflichtverwirklichung vor allem in dichtbesiedelten

1) Unter den besonderen Voraussetzungen des § 3 RGaO kann die Baugenehmigungsbehörde verlangen, daß statt des Einstellplatzes oder eines Teiles davon Garagen geschaffen werden.

2) vgl. Thiel-Frohberg Anm. 2 zu § 10 RGaO

Stadtgebieten eine intensivere Bebauung der einzelnen Grundstücke ermöglicht.

Entspricht nun ein Bauvorhaben den Bestimmungen der RGaO nicht, weil es weder die Schaffung von Einstellplatz auf dem Grundstück selbst oder in dessen Nähe, noch die Beteiligung an einer Gemeinschaftsanlage vorsieht, so wird der Bauwillige in aller Regel, wenn er trotzdem den geplanten Bau ausführen will, auf einen Dispens der Genehmigungsbehörde angewiesen sein. Nach § 58 Abs.2 RGaO kann von den zwingenden Vorschriften der Verordnung Befreiung erteilt werden, wenn die öffentlichen Belange die Abweichung erfordern oder wenn die Durchführung der Vorschriften zu einer offenbar nicht beabsichtigten Härte führen würde, die Abweichung mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist und keine wesentliche Beeinträchtigung der Belange Beteiligter mit sich bringt.

Das Problem der sogenannten Ablösung liegt in der Frage, ob die Genehmigungsbehörden die ihnen durch § 58 Abs.2 RGaO gegebene Befugnis, einen Bauantrag abzulehnen, der keinen p r i v a t e n Einstellplatz und auch keine Beteiligung an einer Gemeinschaftsanlage vorsieht, dazu benutzen können, auf den Bauwilligen einzuwirken, daß er sich statt dessen zur Zahlung einer von der Behörde festzusetzenden Geldsumme zugunsten der Errichtung ö f f e n t l i c h e n Parkraumes verpflichtet.

Schon aus dieser kurzen Beschreibung des Problems wird ersichtlich, daß die Bezeichnung "Ablösung" wenig glücklich ist, weil eine echte Ablösung, d.h. eine Ersetzung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht durch eine andere, gar nicht stattfindet. Dadurch, daß der Pflichtige dem Verlangen der Behörde nachkommt, löst er nicht ab, sondern schafft sich bloß günstigere Voraussetzungen für die Erlangung eines Dispenses. Wäre

es anders, so müßte ihm - für den Fall, daß die übrigen materiellen Erfordernisse gegeben wären - ein Anspruch auf Erteilung der (gebundenen) Baubewilligung zustehen, nachdem er sich zur Zahlung vor Ablösungsbeträgen verpflichtet hätte, was aber nicht der Fall ist. Korrekterweise könnte man von "Ablösung" wohl nur dann sprechen, wenn eine gesetzliche Vorschrift bestünde, die ein entsprechendes Verfahren ausdrücklich vorsehen und ihm ablösende, d.h. von der Verpflichtung des § 2 RGaO befreiende Wirkung verschaffen würde. Obwohl die Bezeichnung "Ablösung" - wie aus Vorstehendem erhellt - zu Mißdeutungen Anlaß gibt, soll sie im folgenden beibehalten werden, weil sie sich in Rechtsprechung und Schrifttum eingebürgert hat.

Da die RGaO die Ablösung nicht ausdrücklich gestattet, ist ihre Zulässigkeit lebhaft umstritten. Die Verfechter der Ablösbarkeit sehen in dem durch § 58 Abs. 2 RGaO eingeräumten Ermessensspielraum die generelle Ermächtigung, den von ihnen gewünschten Erfolg herbeizuführen. Grundsätzlich, so wird argumentiert, bestehe kein Rechtsanspruch auf die Erteilung eines Dispenses¹⁾. Die Behörden seien vielmehr frei in ihrer Entscheidung, ob sie Befreiung von den zwingenden Vorschriften des § 2 RGaO erteilen wollten oder nicht. Deswegen sei es rechtlich auch nicht zu beanstanden, wenn sie dem Baulustigen vor der Entscheidung über seinen Bauantrag nahelegten, sich zur Zahlung einer Geldsumme zugunsten der Schaffung von öffentlichem Parkplatz bereitzufinden. Auf diese Weise werde ein billigerer Erfolg, nämlich die Er-

1) Kegel/Baldauf, Der Städtetag 1953 S. 146; Richter, Die Demokratische Gemeinde 1955 S. 130; Maury DVBl 1950 S. 635; VG München BRS 4. Bd. S. 324

weiterung des öffentlichen Parkraumes, herbeigeführt.

Von den Gegnern der Ablösung wird darauf hingewiesen, daß die RGaO grundsätzlich nicht die Schaffung öffentlichen Parkraumes, sondern diejenige privaten Einstellplatzes regelt¹⁾. Auch auf dem Umwege der Dispenserteilung nach § 58 Abs.2 RGaO könne deshalb ein solches Ziel nicht verfolgt werden. Im übrigen verstoße die sogenannte Ablösung auch gegen den Grundsatz, daß hoheitliche Verwaltungstätigkeit - die Erteilung einer Befreiung - nicht verkauft werden dürfe. Eindeutig stünden bei einer solchen Praxis nicht sachliche, sondern kommunalfinanzielle Gesichtspunkte im Vordergrund.

Diese Kontroverse soll im folgenden kritisch geprüft und entschieden werden. Zuvor scheint es jedoch erforderlich, die dogmatischen Grundlagen der sogenannten Ablösung zu erörtern, weil außer ihrer Zulässigkeit auch ihre Konstruktion und Rechtsnatur umstritten sind.

¹⁾ Diester DVBl 1950 S. 427; Thiel-Frohberg Vorb. 3 d vor § 58; Thiel DVBl 1954 S. 354; LVG Aachen Bundesbaublatt 1956 S. 24

§ 2 Die Bauerlaubnis und der baurechtliche Dispens

Mit der Bauerlaubnis und dem Dispens stehen zunächst zwei wichtige Institute des Bauordnungsrechts im Blickfeld. Beide sind für den als "Ablösung" bezeichneten Vorgang von Bedeutung, da sie gewissermaßen das behördliche "Tauschobjekt" für die Bereitschaft des einzelnen darstellen, statt der Erfüllung des § 2 RGaO einen angemessenen Geldbetrag zugunsten der Errichtung öffentlichen Parkraumes zu zahlen. Erst die Überlegung, daß er ohne den erforderlichen Dispens nach § 58 Abs. 2 RGaO sein Grundstück überhaupt nicht bebauen kann, wird den Bauwilligen möglicherweise dazu veranlassen, die von den Behörden geforderten Ablösungsbeträge zu entrichten.

Ein weiterer Grund für die folgende Gegenüberstellung von Bauerlaubnis und Dispens liegt darin, daß aus ihrer begrifflichen Verschiedenheit als gebundener bzw. freier Verwaltungsakt deutlich wird, daß auch hinsichtlich der Zulässigkeit von behördlichen Anforderungen, die über den gesetzlichen Rahmen hinausgehen, Verschiedenes zu gelten hat, was gerade für die Ablösung von besonderer Wichtigkeit ist.

I. Das Wesen der Bauerlaubnis

Die in § 2 RGaO statuierte Verpflichtung zur Schaffung von Einstellplatz wird im Baugenehmigungsverfahren durchgesetzt. Wie sich aus § 56 RGaO ergibt, hat das zuständige Bauaufsichtsamt bei der Erlaubniserteilung zu prüfen, ob das geplante Bauvorhaben den Vorschriften der RGaO genügt. Widrigenfalls ist die Bauerlaubnis zu versagen, denn sie stellt nach herrschender Ansicht die Erklärung der zuständigen Behörde dar, daß dem beabsichtigten Bau Hindernisse in dem zur Zeit der Entscheidung geltenden öffentlichen

Recht nicht entgegenstehen¹⁾

Die Bauerlaubnis ist aber nicht nur deklaratorischer Natur, wie obige Begriffsbestimmung den Anschein erwecken könnte. Vielmehr gewährt sie dem Antragsteller über die negative Feststellung hinaus, daß gegen den geplanten Bau materiell-rechtlich nichts einzuwenden sei, noch positiv die Erlaubnis, etwas zu tun, was ohne dem verboten war²⁾. Sie stellt die Baufreiheit für den konkreten Einzelfall wieder her. Daraus ergibt sich zwar für den Bauwilligen kein volles subjektives öffentliches Recht, aber doch eine ihm günstige Rechtsstellung, die zudem rechtlichen Schutz genießt, weil sie zu den "Rechten" im Sinne von Art. 19 Abs.4 GG und § 42 Abs.2 VwGO zählt³⁾. Die Erlaubnis kann, nachdem von ihr durch Inswerksetzen des Baues Gebrauch gemacht worden ist, in der Regel nicht zurückgenommen werden⁴⁾. Das Vertrauen des einzelnen auf den Bestand des ihn begünstigenden Verwaltungsakts wird geschützt. Schließlich zeigt sich der konstitutive Charakter der Bauerlaubnis an § 367 Ziff. 15 STGB, wonach mit Geldstrafe bis zu 150,- DM oder mit Haft bestraft wird, wer als Bauherr, Baumeister oder Bauhandwerker einen Bau oder eine Ausbesserung ohne die erforderliche polizeiliche Genehmigung oder mit eigenmächtiger Abweichung von dem durch die Behörde genehmigten Bauplan ausführt oder ausführen läßt.

1) Baltz-Fischer S. 142; Thiel-Frohberg Anm. 2 a zu § 54; Pr.OVG Bd. 32 S. 343

2) Scholz VerwArch. Bd. 23 S. 212; Eisentraut Diss. S 4

3) Wolff VerwR. I S.246

4) Wolff VerwR. I S.281; Forsthoff Lehrb. S. 246

Den Umstand, daß eine ohne die vorgeschriebene polizeiliche Erlaubnis ausgeführte Tätigkeit verbotswidrig und gegebenenfalls sogar strafbar ist, hat Otto Mayer in seiner Lehre vom "Verbot mit Erlaubnisvorbehalt" berücksichtigt¹⁾. Danach liegt in der Erlaubnis die Bewilligung einer Ausnahme von dem allgemeinen Verbot, die erlaubnispflichtige Handlung ausführen zu dürfen. Diese Theorie wird auch heute noch im Schrifttum in bezug auf polizeiliche Erlaubnisse überwiegend vertreten²⁾. Sie hat jedoch mit ihrem Anspruch, allgemein für alle Arten polizeilicher Erlaubnisse zu gelten, berechtigten Widerspruch erfahren³⁾. Es sind vor allem zwei Gründe, die gegen sie sprechen. Einmal, daß durch die Bezeichnung "Verbot mit Erlaubnisvorbehalt" der irrige Eindruck entsteht, als sei jede erlaubnispflichtige Tätigkeit schlechthin verboten, und zum anderen, als sei den Behörden bei der Entscheidung über einen Erlaubnisantrag stets ein Ermessensspielraum gegeben in dem Sinne, daß sie ihre Zustimmung auch verweigern könnten. Hierdurch werden, worauf bereits Thoma hingewiesen hat⁴⁾, die zwischen Erlaubnis und Ausnahmebewilligung bestehenden Unterschiede verwischt.

Was nun den ersten Einwand anbetrifft, so kann auf das Bauen als Beispiel verwiesen werden. Die Konstruktion des "Verbots mit Erlaubnisvorbehalt" läßt sich mit dem aus §§ 65 I 8 ALR, 903 BGB folgenden Grundsatz der Baufreiheit nicht vereinbaren, da das gesetzliche Erfordernis der Erlaubnis kein allgemeines Verbot zu bauen bedeutet, sondern nur eine formelle Schranke, es ohne behördliche

1) VerwR. I S. 239

2) z.B. Drews-Wacke S. 116; Forsthoff Lehrb. S. 245; Rietdorf Anm. 3 zu § 23 OBG

3) Peters Lehrb. d. Verw. (1949) S. 383; Thoma VerwArch. Bd. 32 S. 248; Wolff VerwR. I S. 245

4) VerwArch. Bd. 32 S. 248

Zustimmung zu tun. Es soll eine wirksame Kontrolle stattfinden, daß die geltenden Baurechtsnormen eingehalten werden. Wäre es anders, so müßte ein ohne Erlaubnis aber den gesetzlichen Bestimmungen entsprechend erstellter Bau abzureißen sein. Es besteht aber Übereinstimmung darin, daß etwas derartiges nicht verlangt werden kann. Das Verbot, ohne Erlaubnis zu bauen, trägt daher nur präventiven, nicht grundsätzlichen Charakter.

Demgegenüber stellt Otto Mayer fest - und das führt zum zweiten Gesichtspunkt - daß die Möglichkeit und selbst die rechtliche Notwendigkeit, die Erlaubnis unter bestimmten Voraussetzungen zu erteilen, die Kraft des Verbots in keiner Weise mindere, solange die Erlaubnis nicht wirklich erteilt sei¹⁾. Das ist an sich richtig. Trotzdem scheint es bedenklich zu sein, von einem Verbot zu sprechen, wenn unter bestimmten Voraussetzungen auf dessen Aufhebung ein Rechtsanspruch besteht, wie das bei der Bauerlaubnis der Fall ist. Die Baugenehmigung stellt nämlich eine sogenannte gebundene Erlaubnis dar²⁾, deren Erteilung nicht im Ermessen der Genehmigungsbehörden liegt, die vielmehr erteilt werden muß, wenn keine besonderen im Gesetz vorgesehenen Versagungsgründe vorliegen. Ein echter Vorbehalt, der den Behörden die Wahl zwischen Erteilung und Versagung der beantragten Erlaubnis beließe, besteht demnach nicht.

II. Das Wesen des Dispenses

Im Gegensatz zur Bauerlaubnis trifft das "Verbot mit Erlaubnisvorbehalt" auf die Ausnahmebewilligung zu. Hier wird in der Tat für den Einzelfall etwas erlaubt, was generell verboten ist, nämlich

1) VerwR. I S. 241

2) BGH VerwRspr. Bd. 6 Nr. 41; Baltz-Fischer
S. 143

von den Bestimmungen des materiellen Baurechts abzuweichen.

Man unterscheidet im Baurecht zwei Arten von Ausnahmegewilligungen, den Dispens, der auch Befreiung genannt wird, und die Ausnahme im Sinne der Bauordnungen. Während letztere in den einzelnen Vorschriften jeweils vorgesehen ist und somit einen Bestandteil der betreffenden Verordnung bildet, die ihre eigenen Gebote ausdrücklich einschränkt¹⁾, ist der Dispens begrifflich eine auf Grund gesetzlicher Generalermächtigung gewährte Befreiung von sonst zwingenden Bestimmungen²⁾. Der Unterschied liegt also im wesentlichen darin, daß die Ausnahme auf einer speziellen, der Dispens auf einer generellen Ermächtigungsnorm beruht. Zudem haben diejenigen Vorschriften, die selbst die Möglichkeit einer Ausnahmegewilligung vorsehen, den Charakter dispositiven Rechts, so daß die Ausnahme kein zwingendes Baurecht außer Kraft setzt; dagegen setzt der Dispens das Bestehen zwingenden Rechts, von dem Befreiung erteilt werden soll, unbedingt voraus. Die Ausnahme ist unmittelbare Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen; der Dispens ermöglicht gerade das Gegenteil, nämlich die gesetzlichen Bestimmungen unberücksichtigt zu lassen.

Es ist deshalb gesagt worden, der Dispens schaffe neues objektives Baurecht³⁾. Diese Auffassung dürfte aber zu weit gehen. Zwar macht der Dispens ein an sich gegen das materielle Baurecht verstoßendes Vorhaben objektiv rechtmäßig in dem Sinne, daß die Bauordnungsbehörde gegen die Errichtung eines Bauwerkes nicht einschreiten kann, wenn es der Befrei-

1) Baltz-Fischer S. 168

2) OVG Münster DÖV 1957 S. 458; Wolff VerwR. I S. 247; vgl. auch Baltz-Fischer S. 168; Stier-Somlo, Elster 2.Bd. S. 70

3) Baltz-Fischer a.a.O.

ung entsprechend ausgeführt wird¹⁾, damit wird aber kein neues objektives Recht geschaffen, da Befreiung immer nur für den konkreten Einzelfall gewährt werden kann. Dies kennzeichnet den Dispens als den Verwaltungsakten und nicht den Gesetzgebungsakten zugehörig.

Allgemeine Dispenskláuseln finden sich in allen Bauordnungen und in der RGaO, "einer gewissermaßen eine Reichsbauordnung für die Garagen darstellende Bauordnung²⁾." Ihr Vorhandensein hat sich als notwendig herausgestellt, weil die Vielfalt der gesetzlich zu erfassenden Bauvorgänge nicht abstrakt zu regeln ist, ohne daß bei der Durchführung im Einzelfall Härten entstünden, die wiederum nur durch eine gerechte Interessenabwägung behoben werden können.

Auf die Erteilung einer Befreiung besteht im Gegensatz zur Bauerlaubnis in keinem Falle ein Rechtsanspruch. Das folgt schon daraus, daß ein Dispens begrifflich nur von zwingenden Vorschriften gewährt werden kann und Bestimmungen aufhören würden, zwingend zu sein, wenn gegebenenfalls ihre Aufhebung verlangt werden könnte. Es ergibt sich aber vor allem aus dem Rechtscharakter des Dispenses als freiem Verwaltungsakt, dessen Erteilung im Ermessen der zuständigen Behörden liegt³⁾. Es macht nämlich geradezu das Wesen jeglicher Ermessensbetätigung aus, daß es keinen verfolgbaren Anspruch auf eine inhaltlich festzulegende Entscheidung gibt. Dabei ist es gleichgültig, ob man das Ermessen als gesetzliche Unbestimmtheit einer Rechtsfolge auffaßt⁴⁾ oder als wählendes Verhalten im Rahmen einer Wertverwirklichung⁵⁾, denn eine Rechtsfolge, auf die ein subjektivi-

1) Pr.OVG Bd. 29 S. 370

2) OVG Münster DÖV 1957 S. 458

3) OVG Münster aml. Samml. Bd.7 S. 100; Thiel-Frohberg Anm.8 zu § 58; Wolff VerwR. I S. 246

4) Wolff VerwR. I S. 136

5) Forsthoff Lehrb. I S. 77

ves Recht bestünde, wäre weder unbestimmt, noch beruhte sie auf einem wählenden Verhalten.

Das bei der Entscheidung über einen Dispensantrag obwaltende Ermessen ist allerdings nicht völlig frei, etwa in dem Sinne, daß für die Gewährung oder Versagung einer Befreiung allein die Zweckmäßigkeitsvorstellungen der Verwaltung maßgeblich wären. Es ist vielmehr durch unbestimmte Gesetzesbegriffe (z.B. "offenbar nicht beabsichtigte Härte" bzw. "Vereinbarkeit mit den öffentlichen Belangen") eingeschränkt. Erst nachdem die Befreiungsbehörden diese Dispensvoraussetzungen geprüft und ihr Vorliegen bejaht haben, ist für eine Ermessensentscheidung Raum, was bei den einzelnen Ermächtigungsvorschriften (z.B. §§ 5 EBO, 58 Abs. 2 RGaO) durch die Wortfassung: "... kann Befreiung erteilt werden" zum Ausdruck kommt.

Die Rechtsprechung hat sich lange Zeit geweigert, das Ermessen der Befreiungsbehörden hinsichtlich seiner Rechtmäßigkeit für richterlich nachprüfbar anzusehen. Diese Auffassung hat sich erst in neuerer Zeit durchgesetzt¹⁾. Noch das Preußische Obergericht hatte die Möglichkeit eines Ermessensfehlgebrauchs bei der Versagung einer ins polizeiliche Ermessen gestellten Ausnahme von dem bestimmten Gebot oder Verbot einer Polizeiverordnung abgelehnt, da die Versagung einer solchen Ausnahmeerlaubnis bedeute, daß in dem fraglichen Einzelfall die Regelvorschrift angewendet werde, was begrifflich nicht auf Ermessensmißbrauch beruhen könne²⁾. Demgegenüber hat das OVG Münster in seiner

1) OVG Münster aml. Samml. Bd. 7 S. 100; VG München BRS 4. Bd. V B 6; Thiel-Frohberg Anm. 8 zu § 58

2) Fr.OVG Bd. 103 S. 253; Bd. 101 S. 144

angeführten Entscheidung zutreffend darauf hingewiesen, daß die Anwendung der Regelvorschriften zwar die Folge der Dispensverweigerung, nicht aber mit ihr identisch sei; denn die Anwendung der Regelvorschriften geschehe erst durch die nachfolgende Versagung der Baugenehmigung. Daher sei es begrifflich nicht ausgeschlossen, daß bei der Entscheidung über den Dispens in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht, d.h. Ermessensmißbrauch geübt werde. Jedenfalls sei die Möglichkeit des Ermessensmißbrauchs in diesen Fällen insoweit gegeben, als man ein von dem geltend gemachten materiellen Anspruch zu unterscheidendes formelles Recht des Antragstellers auf fehlerfreie Handhabung des Ermessens anerkenne¹⁾.

III. Der Unterschied von Erlaubnis und Dispens

Aus den vorangegangenen Erörterungen folgt an sich ohne weiteres, daß Bauerlaubnis und Dispens verschiedene Dinge sind. Das erhellt schon aus den beiden Begriffsbestimmungen. Die Unterschiede sind aber - teilweise begünstigt durch die Theorie vom Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, teilweise dadurch, daß Konsens und Dispens von derselben Behörde und dazu noch häufig in einem Schriftstück erteilt werden - bisweilen verkannt worden. Es ist sogar, ausgehend von der Lehre Otto Mayers, behauptet worden²⁾, der Dispens werde ebenso wie die Bauerlaubnis von dem allgemeinen Bauverbot erteilt und nicht, wie es den Anschein habe, von den Bestimmungen der Bauordnung. Es werde also, nur unter verschiedenen Voraussetzungen, das gleiche dem Bau entgegenstehende rechtliche Hindernis durch einen Willensakt der

1) so OVG Hamburg DVBl 1951 S. 479; OVG Lüneburg aml. Samml. Bd. 4 S. 203; OVG Münster aml. Samml. Bd. 5 S. 106; Hauzeisen DVBl 1952 S. 522

2) Pahlke VerwArch. Bd. 32 (1927) S. 43

zuständigen Behörde beseitigt, der begriffliche Unterschied sei nur scheinbar vorhanden.

Diese Meinung geht zu Unrecht von dem Bestehen eines allgemeinen Bauverbots aus, was mit dem Grundsatz der Baufreiheit unvereinbar ist. Sie läßt auch unberücksichtigt, daß der Dispens nur die Befreiung von bestimmten zwingenden Baurechtsvorschriften bewirkt und die Bauerlaubnis noch nicht enthält. Bei Dispensbedürftigkeit eines Bauvorhabens schafft die Befreiung erst die Voraussetzungen für die Erteilung des Konsenses. Sie muß ihm notwendigerweise vorangehen¹⁾, weil sonst eine Erklärung, daß dem beabsichtigten Bau aus dem öffentlichen Recht keine Hindernisse entgegenstehen (Bauerlaubnis), gar nicht abgegeben werden könnte.

Aus der Rechtsnatur des Dispenses als einer in das Ermessen der Befreiungsbehörde gestellten Ausnahmebewilligung ergeben sich weitere Unterschiede zur Bauerlaubnis. Dies gilt vor allem hinsichtlich etwaiger Nebenbestimmungen, den sogenannten Baubedingungen, die im Verlauf dieser Untersuchung noch eingehender zu behandeln sein werden. Nebenbestimmungen, die über die gesetzlichen Anforderungen hinausgehen, werden grundsätzlich nur bei freien Verwaltungsakten als zulässig angesehen. Aus der Befugnis heraus, die Vergünstigung ganz zu versagen, wird der Schluß gezogen, daß sie auch unter Nebenbestimmungen erteilt werden kann²⁾. Sind die Behörden aber gehalten, bei Vorliegen der im Gesetz aufgezählten Voraussetzungen die Erlaubnis zu erteilen, so bedeuten die gesetzlichen Anforderungen das Höchst-

1) Pr.OVG Bd. 105 S. 213

2) Kormann System S. 150; Krüger DVB1 1955 S. 451; Nebinger VerwR. Allg.T. 2. Aufl. S. 206; Peters Lehrb. d. Verw. (1949) S. 383; Pietzonka NJW 1957 S. 1583; Wolff VerwR. I S. 250

maß dessen, was dem einzelnen Bürger abverlangt werden darf.¹⁾

Auch im Hinblick auf Dritte, die an dem Rechtsverhältnis nicht unmittelbar beteiligt sind, etwa die Nachbarn des Bauherrn, vermögen sich Unterschiede zu zeigen. So wird nur bei normalen Bauerlaubnissen angenommen, daß ihre Erteilung auf Außenstehende keine Wirkungen ausübt und Dritten deshalb die Möglichkeit der verwaltungsgerichtlichen Klage nicht gegeben ist.²⁾ Bei Dispensbedürftigkeit wird dieser Grundsatz eingeschränkt. Das OVG Münster hat in seinem Urteil vom 10.9.1957³⁾ festgestellt, daß eine Baugenehmigung den Grundstücksnachbarn in seinen Rechten beeinträchtigt, wenn sie unter Befreiung von Bestimmungen erteilt worden ist, die dem Schutz des Nachbarn ganz oder teilweise zu dienen bestimmt sind.

Schließlich wird die Verschiedenheit auch im Verfahren deutlich. Zwar sind nach §§ 1 und 2 des Preußischen Gesetzes über baupolizeiliche Zuständigkeiten vom 15.12.1933 (GS. S. 491) die Baugenehmigungsbehörden gleicherweise für die Erlaubniserteilung als auch für die Dispensgewährung zuständig; jedoch haben die Baugenehmigungsbehörden über Befreiungen von Vorschriften der Baupolizei-

-
- 1) v. Mangoldt VerwArch. Bd. 37 S. 119; Rietdorf Anm. 6 zu § 23 OBG
 - 2) OVG Münster DÖV 1957 S. 28; Pr.OVG Bd. 7o S.379; Baltz-Fischer S. 144; Thiel-Frohberg Anm. 2 f zu § 54 RGaO
 - 3) DVBl 1958 S. 66; vgl. auch DVBl 1959 S. 102; LVG Oldenburg DVBl 1956 S. 728 m. weit. Nachw. dagegen Redeker NJW 1959 S. 749 ff., der Nachbarrechte zivilrechtlich schützen will.

verordnungen zu "beschließen"¹⁾. Außerdem bedarf die Genehmigungsbehörde nach § 3 Abs. 2 des oben angeführten Gesetzes hinsichtlich bestimmter Arten von Befreiungen der Zustimmung des Regierungspräsidenten. Hieran wird die außergewöhnliche, aus dem Rahmen der üblichen Systematik fallende Stellung deutlich, die der Dispens innerhalb der Kategorie der Verwaltungsakte besitzt.

1) Früher waren für die Erteilung von Befreiungen besondere Behörden zuständig (vgl. § 145 des Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883, GS. S. 237). Auch § 58 Abs. 3 RGaO teilt das Befreiungsrecht nicht den Orts- bzw. Kreisbehörden zu, sondern der höheren Baupolizeibehörde. Allerdings ist diese Bestimmung lediglich subsidiärer Natur. Soweit nach Landesrecht für Befreiungen Zuständigkeit und Verfahren anders geregelt sind, kann die oberste Landesbehörde bestimmen, daß diese Regelung auch für die baupolizeiliche Behandlung der Einstellplätze und Garagen sowie deren Zubehöranlagen gilt. Das ist durch Erlaß des Preuß. Finanzministers vom 28.3.1939 (GS. S. 52) geschehen.

2. Kapitel

Der Rechtscharakter der sogenannten Ablösung

Nachdem auf den vorangegangenen Seiten die sogenannte Ablösung begrifflich umrissen und das formelle Baugenehmigungsverfahren als Mittel ihrer Durchsetzung gekennzeichnet worden ist, soll nunmehr die Art und Weise ihrer Verwirklichung, d.h. der von den auf Ablösung dringenden Verwaltungsbehörden zu beschreitende Weg, näher untersucht werden.

Hier gibt es theoretisch mehrere Möglichkeiten. Auf der einen Seite den Weg der vertraglichen Vereinbarung, die entweder privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Charakter trägt, und auf der anderen Seite hoheitliche Anordnungen, die in Form von Nebenbestimmungen bei der Gewährung eines Dispenses nach § 58 Abs. 2 RGaO in Erscheinung treten können.

Im Schrifttum, wo bisher die Zulässigkeit der sogenannten Ablösung im Vordergrund der Auseinandersetzungen gestanden hat, ist die Frage ihres Rechtscharakters nur am Rande behandelt worden. Das besagt aber nicht, daß sie von untergeordneter Bedeutung wäre. Vielmehr zeigt gerade die Diskussion um die sogenannte Ablösung, welche nicht immer zu einer wünschenswerten Klarheit geführt hat, daß Erörterungen über die Zulässigkeit eines Verfahrens nur unvollkommen angestellt werden können, wenn dasselbe vorher nicht eindeutig festgelegt ist. Ein privatrechtlicher Vertrag unterliegt eben anderen Zulässigkeitsanforderungen als ein öffentlich-rechtlicher, und die Zulässigkeitsgrenzen einer freien rechtsgeschäftlichen Vereinbarung unterscheiden sich wiederum von denen einer einseitigen hoheitlichen Anforderung. Daher ist es unumgänglich, bevor das Zulässigkeitsproblem überhaupt aufge-

worfen werden kann, unter den theoretisch vorhandenen Möglichkeiten einen auch praktisch verwendbaren Weg zu ermitteln, der für die Durchführung der Ablösung in Betracht kommt. Erst wenn dies erreicht ist, vermag die Frage nach der materiellen Zulässigkeit mit der nötigen Bestimmtheit gestellt zu werden.

§ 3 Die Ablösung durch privatrechtlichen Vertrag

Unter den theoretisch möglichen Ablösungskonstruktionen nimmt wohl die des privatrechtlichen Vertrages im Schrifttum den breitesten Raum ein¹⁾. Baldauf, der als Hauptvertreter dieser Richtung anzusehen ist, sieht das Wesen der sogenannten Ablösung in einer privatrechtlichen Verpflichtungserklärung des Bauherrn, in welcher er sich der Gemeinde gegenüber bereiterklärt, zur Anlegung öffentlicher Parkflächen eine Geldleistung zu erbringen. Nach Abschluß eines solchen einseitig verpflichtenden Vertrages soll es dann dem vom Gesetzgeber gewollten freien (pflichtgemäßen) Ermessen der Dispensbehörde überlassen bleiben, unter diesen Umständen die Dispensvoraussetzungen des § 58 Abs. 2 RGaO (insbesondere die Vereinbarkeit mit den öffentlichen Belangen) als gegeben anzusehen²⁾.

Praktisch würde sich also der Ablösungsvorgang etwa folgendermaßen abspielen: Ein Bauwilliger, der aus irgendwelchen Gründen keinen Einstellplatz gemäß § 2 RGaO erstellen will oder kann, sucht bei der Dispensbehörde um Befreiung von dieser Ver-

1) Baldauf BBBl 1955 S. 58 ff.; BuG 1956 S. 242 ff.
BuG 1957 S. 21 ff.; BuG 1958 S. 351 f.; Kegel/
Baldauf, Der Städtetag 1953 S. 145 ff.; Franck
BuG 1957 S. 216; Listemann Diss. S. 112 ff.

2) so Baldauf in BuG 1958 S. 351

pflichtung nach. Das Bauaufsichtsamt gibt zu erkennen, daß er mit einem Dispens nicht rechnen könne, da dies mit den öffentlichen Belangen angesichts der an seinem Baugrundstück herrschenden Parkraumnot nicht zu vereinbaren sei. Daraufhin bietet der Bauherr der Gemeinde als Trägerin der Parkplatzbaulast einen angemessenen Geldbetrag an, den diese zur Schaffung neuen öffentlichen Parkraumes verwenden soll. Nunmehr nimmt das Bauaufsichtsamt diese Tatsache, bzw. den Abschluß eines entsprechenden Vertrages zwischen dem Pflichtigen und der Gemeinde zum Anlaß, eine Befreiung als mit den öffentlichen Belangen vereinbar anzusehen, und erteilt den Dispens.

Bei der sogenannten Ablösung handelt es sich demnach nicht darum, daß die Gemeinde die gesetzliche Verpflichtung des Bauherrn zur Schaffung privaten Einstellplatzes übernimmt¹⁾, sondern daß von eben dieser Verpflichtung Befreiung erteilt wird. Der privatrechtliche Ablösungsvertrag besitzt nach der Ansicht Baldaufs dabei die Aufgabe, die Vereinbarkeit der Befreiung mit den öffentlichen Belangen herzustellen. Das Bauaufsichtsamt interpretiert den Tatbestand des § 58 Abs. 2 RGaO im konkreten Fall so, daß es die Dispensvoraussetzungen nur dann als vorliegend ansieht, wenn vorher abgelöst worden

1) Bisweilen wird auch diese atypische Form der Pflichtverwirklichung des § 2 RGaO als "Ablösung" bezeichnet. So spricht z.B. Becker (BB 1959 S. 193) schon dann von "Geldablösung", wenn sich die Gemeinde gegen Geldzahlung verpflichtet, p r i v a t e n Einstellplatz für den Bauherrn in der Nähe seines Grundstücks bereitzustellen. Dieses Vorgehen liegt völlig im Rahmen der RGaO (vgl. auch Vitt BuG 1959 S.57) und ist daher unproblematisch. Im Interesse einer einheitlichen Terminologie wird im folgenden nur dann von "Ablösung" gesprochen werden, wenn der Bauherr, der keinen Einstellplatz schafft, dem Verlangen der Behörde nachkommt und einen Geldbetrag zur Anlage ö f f e n t l i c h e n Parkraumes zahlt.

ist. Allerdings wendet sich Baldauf dagegen, daß die Ablösung als *condicio sine qua non* einer jeden Befreiung von der gesetzlichen Stellplatzpflicht angesehen wird. Abgesehen von den Fällen des § 2 Abs. 2 RGaO, in denen die Verpflichtung zur Schaffung von Einstellplatz überhaupt entfällt, wenn die zu erwartenden Verkehrsverhältnisse denselben entbehrlich erscheinen lassen, soll eine Befreiung auch von der Verpflichtung des § 2 Abs. 1 ausnahmsweise mit den öffentlichen Belangen vereinbar sein, sofern genügend öffentliche Parkfläche vorhanden ist, auf der die Kraftfahrzeuge des betreffenden Grundstücks mühelos abgestellt werden können. Liegt aber ein erheblicher Mangel an Abstellfläche vor, der eine Erweiterung auch des öffentlichen Parkraumes im Verkehrsinteresse dringend erforderlich macht, so besteht ein Bedürfnis nach Ablösung. Dann wird der Befreiungstatbestand erst durch die Ablösungsvereinbarung ausgefüllt.

Ob diese Auffassung in materieller Hinsicht richtig ist, mag einstweilen dahingestellt und die Entscheidung hierüber einem besonderen Kapitel vorbehalten bleiben; die Art und Weise, wie nach Baldauf die Ablösung verwirklicht werden soll, muß jedoch Bedenken erregen. Es fragt sich nämlich, ob ein solches Verfahren mit Hilfe eines privatrechtlichen Vertrages zwischen der Gemeinde und dem Bauherrn durchgeführt werden kann.

Der gewichtigste Einwand dagegen ist wohl der, daß möglicherweise hoheitliche Aufgaben mit privatrechtlichen Mitteln verfolgt würden, was auf eine Umgehung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung hinausliefe und dem Bürger die Möglichkeit nähme, gegen ihn belastende Akte der Verwaltungsbehörden mit Rechtsmitteln vorzugehen. Deshalb weist Baldauf mit Nachdruck darauf hin, daß nicht

das Bauaufsichtsamt als Ordnungsbehörde, sondern die Gemeinde als Selbstverwaltungskörperschaft den Vertrag mit dem Bauherrn abschließen. Dieser müsse es grundsätzlich freigestellt bleiben, sich privatvertraglich im Rahmen ihrer fiskalischen Befugnisse zu binden¹⁾.

Aber wird hier die Gemeinde tatsächlich bloß fiskalisch tätig? Sicher wird man dies nicht damit zu begründen vermögen, daß der Wille beider Parteien normalerweise nur auf den Abschluß eines bürgerlich-rechtlichen Vertrages gerichtet sein könne²⁾. Auf den rechtlichen Charakter eines Vertrages, ob derselbe nun publizistisch oder zivilrechtlich ausgestaltet sei, hat der Parteiwille keinen Einfluß³⁾. Wenn sich z.B. zwei Gemeinden über die gemeinsame Unterhaltung einer Schule vertraglich einigen würden, gehörte dieser Vertrag dem öffentlichen Recht an, ganz gleichgültig, ob die Vertragspartner einen bürgerlich-rechtlichen Vertrag hätten schließen wollen.

Auch die weitere Folgerung Baldaufs, daß der Bauherr sich deswegen nur privatrechtlich gegenüber der Gemeinde betätigen könne, weil er in seiner Person als Privatrechtssubjekt keinerlei hoheitliche Gewalt verkörpere⁴⁾, überzeugt m.E. nicht. Daß öffentlich-rechtliche Verträge zwischen Hoheitsträgern und Privatrechtssubjekten (sogenannte subordinationsrechtliche Verträge) in bestimmten Fällen möglich und zulässig sind, ist heute allgemein anerkannt⁵⁾. Als Beispiel hierfür seien die

1) BuG 1956 S. 242

2) Baldauf BuG 1958 S. 352

3) Apelt S. 135; Salzwedel S. 92

4) BuG 1958 S. 352

5) Forsthoff Lehrb. S. 255; Salzwedel S. 4; Stern VerwArch. 1958 S. 143 ff.; Wolff VerwR.I S.222

Wegeunterhaltungsverträge zwischen Gebietskörperschaften und Privatpersonen genannt. Letztere verkörpern in sich auch keinerlei hoheitliche Gewalt; trotzdem gehören die abgeschlossenen Verträge dem öffentlichen Recht an¹⁾.

Die Auffassung, daß es sich bei den Ablösungsvereinbarungen um bürgerlich-rechtliche Verträge handelt, findet in dem Urteil des OLG Hamm vom 17. November 1958²⁾ nur scheinbar eine Bestätigung. Zwar hatte das Gericht in dem Leitsatz der angeführten Entscheidung die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für die Klage einer Gemeinde auf Zahlung eines Geldbetrages bejaht, den der Bauherr für die Freistellung von der Pflicht zur Schaffung einer Garage in seinem Neubau zu zahlen versprochen hatte; aus der Urteilsbegründung geht jedoch hervor, daß die Gemeinde durch das Zahlungsverprechen lediglich zur Übernahme der gesetzlichen Stellplatzpflicht des Beklagten bewogen werden sollte. Einen solchen Vertrag hätte der Bauherr ebenso gut mit einer beliebigen Privatperson schließen können; denn es spricht nichts dafür, daß § 2 RGaO eine höchstpersönliche Verpflichtung begründet. Das Gericht weist zutreffend darauf hin, daß Verträge, die ein Bauherr mit anderen Personen abschließt, um einer gesetzlichen Verpflichtung zu genügen, auch wenn dieselbe öffentlich-rechtlicher Art ist, dem Privatrecht angehören. Bei der sogenannten Ablösung geht es aber nicht um die Erfüllung gesetzlicher Verpflichtungen, sondern um die Frage, ob dem Bauherrn als "Gegenleistung" für eine Befreiung gemäß § 58 Abs. 2 RGaO eine über den gesetzlichen Rahmen hinausgehende

1) OVG Hamburg VerwRechtspr. Bd. 8 S. 230; Wolff VerwR. I S. 222

2) NJW 1959 S. 773

Anforderung auferlegt werden darf.

Eine gewisse Ähnlichkeit der Problematik findet sich bei den Dispensverträgen des Fluchtlinienrechts. Nach § 12 Pr.FLG¹⁾ steht der Gemeinde das Recht zu, die Errichtung von Wohnhäusern an noch nicht ausgebauten Straßen mittels Ortsstatuts zu untersagen. Sie kann dann die Erteilung einer Befreiung von den Bestimmungen eines solchen Ortsstatuts davon abhängig machen, daß der betreffende Bauherr die von ihm nach § 15 Pr.FLG oder § 9 KAG erst bei Ausbau der Straße geschuldeten Anliegerbeiträge bereits vor der Dispensgewährung entrichtet. Hierdurch sichert sich die Gemeinde das Hereinkommen der Anliegerbeiträge, die, wenn das Haus an der noch nicht baupolizeigerecht fertiggestellten Straße einmal errichtet ist, später nicht mehr gefordert werden können. Verträge, in denen ein Bauherr sich zu derartigen Leistungen verpflichtete, sind von der Rechtsprechung bislang als zivilrechtlich angesehen worden²⁾, weshalb Baldauf sich zur Stützung seiner Ansicht auf sie beruft.³⁾

Indessen vermag wohl auch dieser Hinweis die These von der privatrechtlichen Natur der Ablösungsvereinbarung nicht zu bestätigen. Die einschlägigen Gerichtsentscheidungen gehen nämlich teilweise auf inzwischen veraltete Vorstellungen zurück. Vor Einführung der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel wurden Verträge dieser Art schon deshalb dem Privatrecht zugerechnet, um den Rechtsschutz vor den ordentlichen Gerichten offenzuhalten. Diese Notwen-

1) Das Pr.FLG (Gesetz betr. die Anlegung und Veränderung von Straßen und Plätzen in Städten und ländlichen Ortschaften vom 2.7.1875 GS. S. 561) wird mit Inkrafttreten des Bundesbaugesetzes vom 23.6.1960 (BGBl I S. 341) aufgehoben. Vgl. § 186 Abs. 1 Ziff. 21 BBG.

2) RG in: v. Kamptz-Delius Erg. Bd. S. 120; vgl. auch Apelt S. 139/140; Dierschke Arch.f.bürg.R.

3) BBBl 1955 S. 59 Bd. 27 S. 138

digkeit ist mit der Generalklausel entfallen¹⁾. Heute besteht für die Annahme eines zivilrechtlichen Vertrages kein Anlaß mehr. Die oben geschilderten Dispensverträge beziehen sich auf einen Gegenstand des öffentlichen Rechts, da die Bauherren sich in ihnen zu einer Vorwegnahme ihrer zukünftigen öffentlich-rechtlichen Leistungspflicht bereit erklären, Anliegerbeiträge nach §§ 15 Pr.FLG, 9 KAG zu entrichten. Dadurch, daß die Verpflichtung vorzeitig erfüllt wird, kann sich ihr Rechtscharakter nicht ändern. Bezieht sich aber ein Vertrag auf Gegenstände des öffentlichen Rechts, so gehört auch er diesem Rechtsgebiet an²⁾.

Das von Forsthoff gewählte Kriterium der Bezugsrichtung vermag jedoch die bei der Abgrenzung von privat- und öffentlich-rechtlichem Vertrag auftauchenden Schwierigkeiten nicht restlos zu beseitigen. Das zeigt sich besonders deutlich, wenn der rechtliche Charakter des Gegenstandes, auf den sich der Vertrag bezieht, ebenfalls unklar ist. So wird man nicht ohne weiteres sagen können, daß die Ablösung auf einen Gegenstand des öffentlichen Rechts Bezug nimmt, jedenfalls dann nicht, wenn man mit Baldauf der Meinung ist, daß durch den Vertrag lediglich eine einseitige Verpflichtung des Bauherrn zur Zahlung einer Geldsumme begründet wird, der aber keine Berechtigung auf die Befreiung und nicht einmal eine Verpflichtung der Gemeinde zur Schaffung von Abstellmöglichkeiten gegenübersteht. Hier schafft erst eine weitere Überlegung Klarheit, daß nämlich der Bauwillige nur deshalb mit der Gemeinde einen Ablösungsvertrag abschließen kann, weil sie die

1) Forsthoff Lehrb. S. 255 Fußnote Nr. 1

2) Forsthoff Lehrb. S. 255

Bauaufsicht als Auftragsangelegenheit oder als Pflichtaufgabe nach Weisung ausführt und für die Dispenserteilung zuständig ist,¹⁾ während Privatpersonen auf die Dispensierung keinen Einfluß haben. Die Befreiungsermächtigung des § 58 Abs. 2 RGaO berechtigt nur den zuständigen Träger hoheitlicher Gewalt. Diejenigen Rechtsverhältnisse, die sich aus einem solchen nicht jedermann berechtigenden Sonderrechtssatz ergeben, gehören dem öffentlichen Recht an.²⁾ Deshalb sind Ablösungsverträge, welche die Voraussetzungen für eine Dispensierung schaffen sollen, dem öffentlichen Recht zuzurechnen.

Der Hinweis auf die einseitig verpflichtende Natur der Ablösungsvereinbarung vermag an dieser Feststellung nichts zu ändern. Bei der Einordnung eines Vertrages in das private oder öffentliche Recht kann es nicht auf äußere Umstände ankommen, die dem Gestaltungswillen der Parteien unterliegen. Entscheidend ist vielmehr der objektive Vertragsinhalt, wie er innerhalb des zwischen Befreiungsbehörde und Bauherrn bestehenden Rechtsverhältnisses zum Ausdruck kommt. Hier soll aber keineswegs eine bloß einseitige Verpflichtung des Bauherrn begründet werden, sondern ein echtes Austauschverhältnis. Der Ablösungszahlung soll als "Gegenleistung" der Dispens von der Vorschrift des § 2 RGaO entsprechen. Das zeigt sich am besten daran, daß Baldauf dem Bauherrn ein Rücktrittsrecht vom Verträge wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage gewähren will, sofern sich dessen Erwartungen auf die Erlangung

1) Das gilt selbstverständlich nur für (kreisfreie) Großstädte, die wegen ihrer Parkraumnot für die Ablösung hauptsächlich in Betracht kommen. Das Pr.Ges. über baupoliz. Zuständigkeiten vom 15. 12. 1933 überträgt nämlich die Befugnis zur Bauerlaubnis- und Dispenserteilung den Kreispolizeibehörden.

2) Wolff VerwR. I S. 79

eines Dispenses nicht erfüllen sollten¹⁾. Eine solche Rechtsfolge wäre angesichts der einem abstrakten Schuldversprechen sehr angenäherten Form des baldaufschen Ablösungsvertrages kaum zu vertreten, wenn nicht das Zahlungsversprechen des Bauherrn als Teil eines gegenseitig verpflichtenden Vertrages aufzufassen wäre. Wenn aber ein solcher Vertrag vorliegt, der die Erteilung einer Befreiung nach § 58 Abs. 2 RGaO u.a. zum Gegenstand hat, so gehört er dem öffentlichen Recht an. Ist nämlich nur eine Verpflichtung eines Rechtsverhältnisses öffentlich-rechtlich, dann ist es dieses Rechtsverhältnis als ganzes, d.h. jede damit in unmittelbarem Zusammenhang stehende Verpflichtung und Berechtigung²⁾.

Gegen das Vorliegen eines privatrechtlichen Vertrages sprechen nicht nur konstruktive, sondern auch rechtspolitische Bedenken. Zwar mag es den Trägern öffentlicher Verwaltung grundsätzlich freigestellt sein, sich der Rechtsgebilde des öffentlichen oder derjenigen des privaten Rechts zu bedienen, um ihre Zwecke zu fördern³⁾, wenn es sich aber um typische Verwaltungsaufgaben handelt, welche sie kraft der ihnen übertragenen hoheitlichen Befugnisse zu erledigen haben und die demzufolge von Privatpersonen nicht vorgenommen werden könnten, dann sind dieselben nur in den Formen des öffentlichen Rechts durchzuführen⁴⁾. Das folgt letztlich aus rechtsstaatlichen Erwägungen, weil sonst das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwal-

1) BuG 1956 S. 244; (es liegt wohl näher, etwaige Rückzahlungsansprüche des Bauherrn aus ungerechtfertigter Bereicherung zu begründen, da der Ablösungsvertrag wegen versteckten Dissenses nicht zustande gekommen sein dürfte, wenn über die Verpflichtung zur Dispenserteilung keine Einigung erzielt worden wäre.)

2) W. Jellinek VerwR. S.50; Wolff VerwR.I S. 80;

3) BGHZ 14,226,297; 9,147,388/ Salzwedel S.225

4) BGH VerwRspr. Bd.4 S.411; Krüger DVBl 1955 S. 384; H.R. Huber Diss. S. 57

tung umgangen werden könnte. Andernfalls würde die Exekutive auch auf das Recht verzichten, ihre Maßnahmen zwangsweise durchzusetzen. Sie wäre statt dessen auf den langwierigen Weg der Klage vor den ordentlichen Gerichten angewiesen, was eine unangebrachte Hemmung der öffentlichen Verwaltung zur Folge hätte.

Eine typische Verwaltungshandlung, die von Privatpersonen nicht vorgenommen werden könnte, stellt nicht nur die Dispenserteilung selbst, sondern auch das Verlangen von Ablösungszahlungen dar. Es ist eine direkte Konsequenz des Befreiungsrechts und wird durch die Auslegung des Tatbestandsmerkmals "Vereinbarkeit mit den öffentlichen Belangen" begründet. Deshalb können zu seiner Durchführung auch nur öffentlich-rechtliche Mittel zur Verfügung stehen. Ein privatrechtlicher Vertrag wäre nicht der richtige Weg, die Ablösung zu verwirklichen.

§ 4 Die Ablösung durch öffentlich-rechtlichen Vertrag

Im Gegensatz zu Baldauf und Franck sehen Richter¹⁾ und Clasen²⁾ in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag das geeignete Mittel, die Ablösung zu verwirklichen. Auch Salzwedel führt in seiner Abhandlung über die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages eine im Zusammenhang mit der Erteilung eines Baudispenses getroffene Vereinbarung als Beispiel für einen öffentlich-rechtlichen Vertrag an, in der dem Baulustigen die ihm nach der RGaO obliegende Verpflichtung, für das geplante Bauwerk ausreichenden Einstellplatz zu schaffen, gegen Zahlung einer bestimmten Geldsumme nachgelassen wird, welche die Stadt zur Anreicherung eines Fonds verwendet, um ein öffentliches Gragenhochhaus zu errichten³⁾.

Die Möglichkeit öffentlich-rechtlicher Verträge zwischen Hoheitsträger und Bürger ist erst in neuerer Zeit anerkannt worden, sie wird auch heute noch vereinzelt abgelehnt. Bedenken werden vor allem aus dem Begriff des Vertrages hergeleitet. Ein solcher bestehe aus korrespondierenden rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen, die von einander gleichgeordnet gegenübertretenden Personen gegenseitig abgegeben würden. Deshalb seien, sobald man überhaupt zwischen öffentlichem und privatem Recht unterscheide, keine öffentlich-rechtlichen Verträge zwischen Gemeinwesen und Privatem möglich, weil diese beiden, wo es sich um öffentlich-rechtliche Beziehungen handele, nicht gleichwertig, sondern im Verhältnis von Über- und Unterordnung

1) BuG 1957 S. 278

2) BuG 1958 S. 350 ff.

3) Salzwedel S. 42

sich gegenüberstünden¹⁾ Die Vertreter dieser Auffassung wollen den verwaltungsrechtlichen Vertrag im wesentlichen auf die Fälle beschränkt wissen, in denen Selbstverwaltungskörperschaften über die ihrer Kompetenz unterliegenden Gegenstände gemeinsame Regelungen treffen, weil nur hier das Erfordernis des gleichgeordneten Gegenübertretens vorliege. Ansonsten sei aber der Vertrag ein typisches Institut des Privatrechts, das man nicht auf das Gebiet des öffentlichen Rechts übertragen dürfe.

Zutreffend an dieser Ansicht ist, daß das Hauptanwendungsgebiet des Vertrages eindeutig auf zivilrechtlichem und nicht auf öffentlich-rechtlichem Gebiet liegt. Wirtschaftliche Vorgänge wie: Tausch oder Kauf, die schon in verhältnismäßig primitiven menschlichen Sozialordnungen anzutreffen sind, bedingen notwendig einen gegenseitigen Interessenausgleich und damit den Vertrag als das hierfür geeignete Instrument. Dagegen muß der Staat seine Anordnungen im Interesse einer gerechten und gleichmäßigen Behandlung seiner Bürger in der Regel einseitig treffen. Insofern kann man den Vertrag schon mit einer gewissen Berechtigung als ein typisch privatrechtliches Institut bezeichnen und ihm den Verwaltungsakt als typisch hoheitliches Gestaltungsmittel gegenüberstellen.

Es geht jedoch nicht an, den Vertrag bis auf einige Sonderfälle aus dem Gebiet des Verwaltungsrechts zu verbannen. Eine solche Einstellung würde der tatsächlichen Situation nicht gerecht. Zwar stellt auch heute noch der Verwaltungsakt die bei weitem häufigste Form dar, in der die öffentliche Verwaltung nach außen hin tätig wird, der Vertrag hat jedoch ständig an Bedeutung gewonnen.

1) H.R. Huber Diss. S. 49; vgl. auch schon Otto Mayer Arch.d.ö.R. Bd. 3 S. 1 ff.; Kormann System S. 30

Salzwedel schreibt es vor allem der Überwindung des obrigkeitlichen Denkens im Verwaltungsrecht zu, daß sich nunmehr die Verwaltungspraxis in steigendem Maße des Vertrages bedient¹⁾. Ein weiterer Grund dürfte in dem umfassenden Eigentumschutz und der starken Ausprägung rechtsstaatlicher Garantien liegen. Die Verwaltung ist heute, sofern sie ihre Absichten hoheitlich nicht durchsetzen kann, darauf angewiesen, sich mit den einzelnen Staatsbürgern vertraglich zu einigen, wenn ihr an der Erreichung eines bestimmten Zieles liegt. Häufig mag auch eine einvernehmliche Regelung einem langwierigen hoheitlichen Verfahren (z.B. Enteignung) vorgezogen werden.

Diese letzten Gesichtspunkte erklären nicht nur das Vordringen des öffentlich-rechtlichen Vertrages, sie sind auch für die aus der mangelnden Gleichordnung der Partner hergeleiteten konstruktiven Einwände gegen den subordinationsrechtlichen Vertrag von Wichtigkeit, zeigen sie doch, daß trotz fehlender genereller Gleichwertigkeit der Vertragspartner im Einzelfall sehr wohl einander gleichwertige Erklärungen abgegeben werden können. Das ist der Fall, wenn der beteiligte Träger hoheitlicher Gewalt in bezug auf den Vertragsgegenstand aus irgendwelchen Motiven heraus, sei es wegen Fehlens einer entsprechenden gesetzlichen Ermächtigung, sei es aus Zeitersparnisgründen, von seiner einseitigen Anordnungsgewalt keinen Gebrauch machen kann. Will er nun auf die Leistung, die sein Gegenüber ihm erbringen kann, nicht verzichten, so bleibt nur der Weg der einvernehmlichen Regelung übrig. Dann kommt aber beiden Erklärungen durchaus gleiches Gewicht zu, so daß

1) Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages S. 12

ein Vertrag möglich ist. Nicht die allgemeine, abstrakte Rechtsstellung ist also für die Koordination der Partner innerhalb eines Vertrages ausschlaggebend, sondern der Wert der abgegebenen Willenserklärungen in Ansehung des vertraglich zu regelnden Sachverhalts¹⁾.

Während sich die neuere Literatur auf die grundsätzliche Zulässigkeit von subordinationsrechtlichen Verträgen weitgehend geeinigt hat²⁾, bestehen nach wie vor Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der Notwendigkeit einer gesetzlichen Ermächtigungsbasis. Stern teilt die unterschiedlichen Auffassungen in eine utilitaristische und eine normative Richtung ein³⁾. Danach begründet die eine Ansicht ihre weitreichende Anerkennung des öffentlich-rechtlichen Vertrages mit Zweckmäßigkeitserwägungen, wohingegen die andere eine Rechtsnorm, mindestens eine solche des Gewohnheitsrechts, verlangt, welche die Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages ausspricht.

Das Problem der Ablösung durch öffentlich-rechtlichen Vertrag besteht also - je nachdem welcher der beiden Richtungen Vorzug gegeben wird - entweder darin, ob hinreichende Zweckmäßigungsgründe vorliegen, die einen entsprechenden Vertrag rechtfertigen, oder ob die Vorschrift des § 58 Abs. 2 RGaO eine Ermächtigungsgrundlage für einen solchen Vertrag darstellt.

Was nun den letzten Gesichtspunkt anbetrifft, so vermag der Wortlaut des § 58 Abs. 2 RGaO ("Von den zwingenden Vorschriften dieser Verordnung, für die nach § 53 die Baupolizei zuständig ist, kann Befreiung erteilt werden, wenn die öffentlichen Belange die Abweichung erfordern oder wenn die Durch-

1) Forsthoff, Lehrb. S. 253/54; Imboden S. 41/42; Salzwedel S. 40

2) vgl. Fußnote Nr. 5 auf S. 21

3) VerwArch. Bd. 49 (1958) S. 114

führung der Vorschriften im Einzelfall zu einer offenbar nicht beabsichtigten Härte führen würde, die Abweichung mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist und keine wesentliche Beeinträchtigung der Belange Beteiligten mit sich bringt") einen Hinweis auf die Zulässigkeit von Ablösungsvereinbarungen nicht zu geben. Hier wird lediglich ein behördlicher Ermessensspielraum gewährt, der zudem noch durch unbestimmte Gesetzesbegriffe eingeschränkt ist und sich einzig und allein auf die Befugnis bezieht, von den zwingenden Vorschriften der RGaO Befreiung zu erteilen oder zu versagen. Nicht die Art und Weise ihres Vorgehens, die Entscheidung zwischen einseitig hoheitlicher Anordnung und öffentlich-rechtlichem Vertrag, wird dem Ermessen der Verwaltungsbehörde anheimgestellt, sondern die Wahl "hinsichtlich des Ausspruches des vom Gesetz in Aussicht gestellten Rechtsfolge"¹⁾, d.h. ob dispensiert werden soll oder nicht. Das folgt schon aus einer bloßen Wortinterpretation; denn wenn der Gesetzgeber in § 58 Abs. 2 RGaO zum Abschluß eines öffentlich-rechtlichen Vertrages hätte ermächtigen wollen, wäre das wohl deutlicher zum Ausdruck gekommen. Bei einem Institut wie dem öffentlich-rechtlichen Vertrag, das auch heute noch umstritten ist, müssen an eine Ermächtigungsnorm größere Bestimmtheitsanforderungen gestellt werden, als § 58 Abs. 2 RGaO sie zu erfüllen vermag.

Im Schrifttum wird allerdings der Standpunkt vertreten, daß öffentlich-rechtliche Verträge schon dann zulässig seien, wenn die Verwaltung nach ihrem Ermessen handeln könne²⁾. Es entspreche der modernen Auffassung vom Verhältnis Staat - Untertan, die Anwendung hoheitlicher Mittel als letzten

1) Stern VerwArch. Bd. 49 S. 145

2) Eyermann-Fröhler Komm.z.VGG Anm. I 2 c aa zu § 22; vgl. auch Rößler Verw.Praxis 1956 S. 276

Ausweg vorzusehen. Diese Ansicht, die in der Gewährung eines Ermessensspielraums bereits eine Disposition des Gesetzgebers zugunsten rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen zwischen Hoheitsträger und einzelner erblickt, ist m.E. abzulehnen. Ihr kann vor allem deshalb nicht zugestimmt werden, weil den Behörden, die Ermessensentscheidungen zu treffen haben, in der Regel hoheitliche Mittel zu Gebote stehen, mit deren Hilfe sie den gleichen Erfolg herbeizuführen vermögen, wie durch den Abschluß eines Vertrages. Damit fehlt es an einem wesentlichen vertraglichen Erfordernis, nämlich dem gleichgeordneten Gegenübertreten der Parteien in bezug auf den Vertragsgegenstand. Lediglich wenn die vertragsfordernden Interessen¹⁾ auf beiden Seiten gleich intensiv sind, weil die Verwaltung ihr Ziel nur erreichen kann, indem sie sich in Ansehung des Vertragsgegenstandes mit dem ihr gegenüberstehenden Privaten auf eine Stufe stellt, ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag begrifflich möglich; nicht aber, wenn der mit hoheitlicher Gewalt ausgestattete Vertragspartner es in der Hand hat, bei einer Regelung, die nicht in seinem Sinne ist, die Vertragsverhandlungen abubrechen und zu einseitigen Maßnahmen überzugehen. Dann bestünde die

1) Der Ausdruck stammt von Salzwedel (S. 1) und nimmt in seiner Abhandlung über den öffentlich-rechtlichen Vertrag eine zentrale Stellung ein. Salzwedel unterscheidet drei vertragsfordernde Interessenlagen, die dem öffentlich-rechtlichen Vertrag zugrunde liegen können:

- a) Wenn zwischen den Beteiligten Ungewißheit über das Bestehen und den Inhalt einer rechtlichen Regelung herrscht (Vergleichslage).
 - b) Wenn die in dem Vertrag enthaltene Leistung öffentlich-rechtlichen Inhalts den anderen Vertragspartner zur Hergabe einer Gegenleistung bewegt, an der ein erhebliches Verwaltungsinteresse besteht (Austauschlage).
 - c) Wenn der öffentlich-rechtliche Vertrag die Beteiligten zu einem gemeinschaftlichen Verwaltungshandeln verbindet (Gesamtklage).
- Am häufigsten kommen Austauschverträge vor. Ihnen würden auch die Ablösungsvereinbarungen zuzurechnen sein.

Gefahr, daß die Verhandlungen mit ungleichen Mitteln geführt würden und die Erklärungen verschiedenes Gewicht besäßen. Nach der Lebenserfahrung hätte die von dem Privaten angebotene Leistung mindestens dem zu entsprechen, was die Behörde ohnehin einseitig verlangen könnte, weil sie sich sonst wohl kaum zu einem Vertrag bereitfinden würde. Auf diese Weise wäre der einzelne einem seine Entscheidungsfreiheit beeinträchtigenden Druck ausgesetzt. Die Parteien stünden sich in bezug auf den Vertragsgegenstand nicht gleichgeordnet gegenüber, da die Möglichkeit des einen Vertragspartners, seine überlegene hoheitliche Stellung auszuspielen, ihm ein solch starkes Übergewicht verschaffte, daß der geschlossene "Vertrag" leicht in die Nähe einer einseitigen Anordnung rücken könnte.

Forsthoff begründet seine Ablehnung der Auffassung, daß die Anwendung hoheitlicher Mittel im Verhältnis Staat - Untertan als letzter Ausweg anzusehen sei, mit der zwingenden Natur des öffentlichen Rechts: "Wo die Gesetze die Behörden mit hoheitlichen Befugnissen zur Erfüllung ihrer typischen Aufgaben ausgestattet haben, erheben sich Bedenken dagegen, es ihrer Entscheidung zu überlassen, ob sie von diesen Befugnissen Gebrauch machen oder den Weg der vertraglichen Anbahnung des angestrebten einschlagen wollen. Das hoheitliche Befugnisse regelnde Gesetz ist nicht nur in dem Sinne zwingend, daß es die Behörde an Art und Ausmaß dieser Befugnisse bindet, sondern es zwingt auch die Behörden, die ihnen übertragenen Aufgaben mit den gesetzlichen Mitteln und keinen anderen wahrzunehmen¹⁾".

1) Forsthoff Lehrb. S. 254; vgl. BVerwG in DVBl 1957 S. 722 mit Anm. Forsthoff; BVerwG NJW 1957 S. 1611; VG Freiburg JZ 1951 S. 789

Damit ist eine notwendige Einschränkung der utilitaristischen Richtung gefunden. Soweit den Behörden zur Erreichung von Verwaltungszwecken hoheitliche Mittel zur Verfügung stehen, kommt der Abschluß eines öffentlich-rechtlichen Vertrages regelmäßig nicht in Frage, da er weder erforderlich, zweckmäßig noch nützlich ist. Auf eine gesetzliche Ermächtigung zum Vertragsschluß kann nur verzichtet werden, wenn die Verwaltung durch einseitige Maßnahmen ihr Ziel nicht erreichen kann, weil dann die vertragsfordernden Interessen gleiche Intensität aufweisen, was die Abgabe gleichwertiger Willenserklärungen ermöglicht.

Für das Problem der Ablösung durch öffentlich-rechtlichen Vertrag ist somit die Frage entscheidend, ob die Behörden zu einseitigen Maßnahmen befähigt sind, mit denen sie die Zahlung von Ablösungsbeträgen durchsetzen können. Es wird im weiteren Verlauf dieser Untersuchung zu zeigen sein, daß dem so ist. Damit scheidet der öffentlich-rechtliche Vertrag als geeignetes Mittel zur Verwirklichung der Ablösung aus.

§ 5 Die Ablösung als Nebenbestimmung einer nach
§ 58 Abs. 2 RGaO erteilten Befreiung

Nachdem in den beiden vorangegangenen Abschnitten die Durchführbarkeit der sog. Ablösung im Wege eines privat- oder öffentlich-rechtlichen Vertrages untersucht worden ist, soll nunmehr geprüft werden, ob dieselbe sich mit einseitigen hoheitlichen Maßnahmen durchsetzen läßt. Im Schrifttum wird die Auffassung vertreten, daß dies mit Hilfe von Nebenbestimmungen möglich sei¹⁾.

Nebenbestimmungen sind im Verwaltungsrecht diejenigen Rechtsinstitute, die dem Hauptinhalt der Verwaltungsakte beigelegt werden können und diesen entweder durch die Abhängigkeit von einem anderen Ereignis in seiner rechtlichen Wirksamkeit beschränken oder durch die Hinzufügung einer weiteren Anordnung näher bestimmen²⁾. Man bezeichnet sie auch als "dem Verwaltungsakt zugefügte bestimmende Elemente, die die normalen Wirkungen des hoheitlichen Ausspruchs abändern", weil sie überall dort in Erscheinung treten, wo der in dem Verwaltungsakt zum Ausdruck gekommene hoheitliche Wille nicht schlechthin ausgesprochen wird, sondern eine Einschränkung oder Abhängigkeit erfahren soll³⁾.

Nebenbestimmungen kommen auf den Gebieten des Gewerbe- und Baurechts häufig vor. So darf beispielsweise eine Bauerlaubnis nicht uneingeschränkt erteilt werden, wenn der Bauwillige zur Zeit der Entscheidung noch nicht alle gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen kann. Vielmehr muß ihm ihre nachträgliche Erfüllung durch Nebenbestimmungen

1) Krüger, Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung DVBl 1955 S. 521; Maury, Parkflächenauflagen DVBl 1950 S. 634 ff.

2) Jung, Die Nebenbestimmungen der VAe (Diss.) S. 14

3) Jung a.a.O. und S. 13

aufgegeben werden. Auch wenn es der Verwaltung darum geht, einer Privatperson, der eine besondere Vergünstigung gewährt werden soll, zum Ausgleich hierfür etwas abzuverlangen, was über die gesetzlichen Anforderungen hinausgeht, muß sie sich vorher durch entsprechende Nebenbestimmungen sichern. Würde sie nämlich in diesem Falle den begünstigten Verwaltungsakt vorbehaltlos gewähren, könnte sie später den angestrebten Verwaltungszweck in aller Regel nicht mehr durchsetzen. Deshalb erweist sich unter den gegebenen Umständen die Hinzufügung von Nebenbestimmungen als besonders zweckmäßig, weil so dem Begünstigten zwar die Möglichkeit geboten wird, von der Erlaubnis, Konzession, etc. sofort Gebrauch zu machen, was bisweilen von enormer wirtschaftlicher Bedeutung für ihn ist, andererseits die Verwaltung aber nicht zur Aufgabe ihrer Absichten gezwungen wird.

Innerhalb der verwaltungsrechtlichen Nebenbestimmungen werden die Befristung, die Bedingung, als deren Unterfall der Widerrufsvorbehalt anzusehen ist¹⁾, und die Auflage unterschieden. Davon kommen für die Durchsetzung der sog. Ablösung nur die Bedingung und die Auflage in Betracht, weil sie allein in der Lage sind, einen Verwaltungsakt inhaltlich zu modifizieren, während die Befristung lediglich eine zeitliche Beschränkung ermöglicht.

Eine Bedingung liegt vor, wenn die Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes aufschiebend oder auflösend von dem Eintritt eines zukünftigen ungewissen Ereignisses abhängt. Im Ablösungsfalle bestünde dieses ungewisse Ereignis, von dessen Eintritt die Wirksamkeit der Befreiung von der Ver-

1) Wolff VerwR. I S. 249; Jung Diss. S. 17; a.M. Kormann System S. 135

pflichtung des § 2 RGaO abhängig wäre¹⁾, in der Zahlung der geforderten Geldsumme durch den Bauherrn, so daß mit dem Augenblick der Zahlung der rechtliche Schwebezustand beseitigt und der Dispens endgültig geworden wäre.

Vermag der Wille des Betroffenen, wie vorliegend, den Eintritt der Bedingung zu bestimmen, handelt es sich um eine Potestativbedingung. Sie wird auch unechte Bedingung genannt²⁾, weil sie insofern der Ungewißheit ermangelt, als sie von dem Willen des Betroffenen abhängt.

Die Potestativbedingung hat eine gewisse Ähnlichkeit mit der Auflage. Wie diese richtet sie sich an eine bestimmte Person, den Adressaten des Verwaltungsakts, um ihn zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen. Sie wird auch - anders als die normale Bedingung - regelmäßig nur in Verbindung mit günstigen Verwaltungsakten auftreten, weil sonst der Betroffene schwerlich das seinem Willen unterstehende Bedingungsereignis herbeiführen dürfte. Von der Auflage verschieden ist jedoch die Art und Weise der Inanspruchnahme des Pflichtigen und ihr Verhältnis zum Hauptinhalt des Verwaltungsakts. Während die Auflage neben dem Hauptinhalt relativ selbständig dasteht und ihre Abhängigkeit von diesem im wesentlichen darin besteht, daß sie nur in Verbindung mit einer Wohltat ins Leben treten kann³⁾, ist die Bedingung aufs engste mit dem Hauptinhalt verknüpft. Das gilt auch für die

1) Nicht etwa die Wirksamkeit der Bauerlaubnis, wie Maury (DVBl 1950 S. 634 ff.) zu Unrecht annimmt. Es ist schon oben S. 6 ff. bei der Gegenüberstellung von Bauerlaubnis und Dispens darauf hingewiesen worden, daß Nebenbestimmungen zur Bauerlaubnis wegen deren gebundenen Charakters sich im Rahmen der gesetzlichen Voraussetzungen halten müssen. Die sog. Ablösung könnte deshalb als Nebenbestimmung zur Bauerlaubnis nicht durchgesetzt werden.

2) Wolff VerwR. I S.249

3) Krüger DVBl 1955 S.450; Forsthoff Lehrb. S.198

Potestativbedingung, die sich insofern von der normalen Bedingung nicht unterscheidet. Diese Verbindung mit dem Hauptinhalt des Verwaltungsakts geht so weit, daß die Bedingung nach allgemeiner Ansicht als dessen integrierender Bestandteil aufgefaßt wird¹⁾. Früher ist mitunter sogar angenommen worden, die Hinzufügung von Bedingungen zu einer Bauerlaubnis bedeute, daß die Behörde nicht die beantragte Erlaubnis, sondern eine andere für die aus den Bedingungen sich ergebende Bauausführung gewähren wolle²⁾. Das geschah jedoch in erster Linie zu dem Zweck, einen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz gegen belastende Nebenbestimmungen von polizeilichen Erlaubnissen zu konstruieren, weil lediglich "die Versagung einer Erlaubnis" anfechtbar war. Heute, nach Einführung der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel, besteht für eine derartige Konstruktion kein Bedürfnis mehr. Deshalb ist in der Erteilung einer Erlaubnis unter Bedingungen nur dann die Versagung des ursprünglich begehrten Verwaltungsaktes zu sehen, wenn derselbe durch die Bedingungen so wesentlich verändert wird, daß die erteilte Erlaubnis der beantragten gegenüber tatsächlich ein völliges aliud darstellt. Dann gehören aber die "Bedingungen" zum eigentlichen Hauptinhalt des Verwaltungsakts, womit der ihnen als Nebenbestimmungen gesteckte Rahmen gesprengt ist.

Die enge Verbundenheit mit dem Hauptinhalt des Verwaltungsaktes ist es, die das Wesen der Bedingung bestimmt. Da sie praktisch ein Eigenleben nicht führt, unterliegt sie keiner gesonderten Anfechtung wie die Auflage, und sie kann auch nicht - wie jene - selbständig erzwungen werden.

1) Wolff VerwR. I S. 249; v. Mangoldt, Nebenbestimmungen bei rechtsgewährenden Verwaltungsakten VerwArch. Bd. 37 S. 107; Rietdorf Anm. 6 zu § 23 OBG

2) Drews Preuß. Polizeirecht, Bes. Teil S. 247; vgl. auch Pr.OVG Bd. 32 S. 95

Dessen bedarf es auch gar nicht, weil die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes vom Eintritt der Bedingung abhängt. Sofern der Hauptinhalt den Adressaten wie bei der Potestativbedingung begünstigt, wird dieser in aller Regel ohne weiteres bereit sein, eine lästige Nebenanordnung zu erfüllen, um in den Genuß der Vergünstigung zu gelangen. Sollte z.B. die Forderung nach Ablösung in Form einer Potestativbedingung gestellt werden, so wird der Bauherr schon um deswillen ihrer Erfüllung zuneigen, weil sonst die Befreiung nicht wirksam würde, was zur Folge hätte, daß der Bau sowohl gegen das formelle als auch gegen das materielle Baurecht verstieße, da weder eine Bauerlaubnis vorläge noch von den Bestimmungen des § 2 RGaO dispensiert worden wäre.

Anders verhält es sich mit der Auflage. Ob der Betroffene derselben nachkommt oder nicht, bleibt auf die Wirksamkeit des Hauptverwaltungsakts ohne Einfluß. Der Bauherr kann also im Falle der Ablösung von der in Verbindung mit der Bauerlaubnis nach § 58 Abs. 2 RGaO erteilten Befreiung Gebrauch machen und bauen, ohne befürchten zu müssen, daß sein Haus später abgerissen würde, wenn er der Ablösungsaufgabe nicht nachkäme. Die Erfüllung der Auflage wird im Gegensatz zur Bedingung nicht durch ihren Einfluß auf die Wirksamkeit der Vergünstigung garantiert, sondern durch ihre selbständige Erzwingbarkeit¹⁾. Die Behörde kann eine Auflage nötigenfalls im Verwaltungszwangsverfahren durchsetzen.

Mit der Auflage und der Bedingung im herkömmlichen Sinne sind jedoch die Möglichkeiten der auf Ablösung dringenden Verwaltung noch nicht erschöpft.

1) "Die Auflage zwingt, aber sie suspendiert nicht, während die Bedingung suspendiert aber nicht zwingt." Kormann System S. 138

Statt den Dispens nach § 58 Abs. 2 RGaO zu gewähren und an denselben Bedingungen zu knüpfen bzw. ihn mit Auflagen zu versehen, kann sie die Dispensierung auch davon abhängig machen, daß der Bauwillige **v o r h e r** ihre Forderungen erfüllt. Derselbe befindet sich dann in der gleichen Zwangslage, wie wenn die Befreiung mit Nebenbestimmungen erteilt worden wäre. Entweder er geht auf die "Bedingungen" der Behörde ein, oder er muß das Bauvorhaben ganz aufgeben. Während aber der Zwang bei den Nebenbestimmungen erst einsetzt, nachdem die Befreiung ausgesprochen worden ist, besteht er hier schon vorher, da nur derjenige Aussicht auf einen Dispens hat, der sich den Anforderungen der Befreiungsbehörde fügt.

Diesen Tatbestand, daß nämlich die Behörde an ihr Tätigwerden gewisse Voraussetzungen stellt, will Huber dem Begriff der verwaltungsrechtlichen Bedingung unterordnen. Auch die Voraussetzungen für die Erteilung eines günstigen Rechtsaktes sollen als Bedingungen aufgefaßt werden, so daß nicht nur die Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes vom Eintritt des Bedingungsereignisses abhängen kann, sondern auch seine Existenz¹⁾. Wenn also das Bauaufsichtsamt als zuständige Befreiungsbehörde dem Antragsteller bereits in den Vorbesprechungen zu verstehen gibt, daß er mit einem Dispens nur rechnen kann, wenn er zuvor Ablösungsbeträge zugunsten öffentlichen Parkraumes gezahlt oder zu zahlen versprochen hat, so liegt darin eine Erteilungsbedingung²⁾ i.S. Hubers.

Diese Erweiterung des Bedingungsbegriffes erscheint sinnvoll, weil dadurch die schon im Stadium der vorbereitenden Verhandlungen an den Bauwilligen definitiv gestellten Anforderungen in den Bereich

1) H.R. Huber Diss. S. 30

2) Die normalen Bedingungen nennt Huber Wirksamkeitsbedingungen.

der einseitigen Hoheitsverwaltung gerückt werden. Das entspricht der Verwaltungspraxis besser als vertragliche Konstruktionen. Normalerweise wird die Behörde, welche die sog. Ablösung durchsetzen will, den Antragsteller frühzeitig mit ihren "Erteilungsbedingungen" bekanntmachen. Sie ist dann auf seine Mitwirkung nur insoweit angewiesen, als er der beabsichtigten Maßnahme zustimmen muß. Auf den Inhalt der zu treffenden Regelung wird seine Zustimmungserklärung dagegen keinen Einfluß haben. Gerade das ist aber für die Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen Vertrages vom mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt entscheidend¹⁾. Nur wenn die Erklärung des Privaten den gleichen juristischen Wert besitzt wie diejenige der Behörde und das Ergebnis durch sie in erheblichem Maße inhaltlich mitbestimmt wird, liegt ein Vertrag vor. Ist die Zustimmung des Betroffenen jedoch bloße Wirksamkeits- bzw. Rechtsgültigkeitsvoraussetzung, wie etwa der Antrag oder das Gebrauchmachen bei der Bauerlaubnis, handelt es sich um den Erlaß eines mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsaktes.

Gewiß sind im Zusammenhang mit der Erteilung von Baudispensen auch Fälle denkbar, in denen der Zustimmungserklärung des Antragstellers größere Bedeutung zukommt als die einer Wirksamkeitsvoraussetzung, wo also ein echter Austauschvertrag vorliegt. Das erfordert aber, wie bereits betont, gleiche Intensität der vertragsfordernden Interessenlagen. Diese wiederum ist nur gegeben, wenn die von dem Privaten angebotene Leistung für die Verwaltung besonders wichtig ist und dieselbe keine andere Möglichkeit hat, sich in ihren Besitz zu setzen, als durch den Abschluß eines Vertrages. Das aber wird relativ selten der Fall sein, weil die Verwaltung in ihrem Ermessen liegende Ausnahmewilligungen mit Nebenbestimmungen zu versehen

1) Eyermann-Fröhler Anm. I 1a cc zu § 22 VGG; vgl. auch Imboden S. 38; Salzwedel S. 43 ff.

vermag, die keiner ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung bedürfen¹⁾. Die Befugnis hierzu wird a maiore ad minus aus dem Umstand gefolgert, daß die Vergünstigung auch gänzlich versagt werden kann²⁾.

Es bestehen keine Bedenken dagegen, diesen Grundsatz, der nur für herkömmliche Nebenbestimmungen ausgesprochen worden ist, auch auf die Erteilungsbedingung auszudehnen. Die Zulässigkeit einer hoheitlichen Anforderung richtet sich in erster Linie nach ihrem materiellen Inhalt. Bleibt derselbe unverändert, macht es keinen Unterschied, zu welchem Zeitpunkt die Anforderung gestellt wird, ob vor oder bei Erlaß eines Verwaltungsakts.

Somit läßt sich feststellen, daß Auflage, Erteilungs- und Wirksamkeitsbedingung grundsätzlich für die Durchsetzung der sog. Ablösung geeignet sind, da sie einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung nicht bedürfen, wenn sie in Verbindung mit einem begünstigenden Verwaltungsakt auftreten, der auch hätte versagt werden können.

Die Eignung der drei Institute ist jedoch untereinander verschieden. Orientiert man sie an dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, kommt wohl nur die Auflage in Betracht, da nicht anzunehmen ist, daß die Verwaltung ein derart starkes Interesse an der Ablösung besitzt, daß sie die Wirksamkeit bzw. die Erteilung eines Dispenses nach § 58 Abs. 2 RGaO von der Ablösungszahlung des Bauwilligen abhängig sein lassen will. Deshalb ist die Auflage das zweckmäßigste und den Bauherrn am wenigsten beeinträchtigende Gestaltungsmittel. Nur sie trägt

1) vgl. Baltz-Fischer S. 171

2) Kormann System S. 150; Krüger DVBl 1955 S. 451; Nebinger VerwR. Allg.T. S. 206; Peters Lehrb. d. Verw. S. 383; Pietzonka NJW 1957 S. 1583; Wolff VerwR. I S. 250

den praktischen Bedürfnissen in angemessener Weise Rechnung, indem sie sowohl die Belange des einzelnen als auch die der öffentlichen Verwaltung gebührend berücksichtigt. Der Bauherr hat die Möglichkeit, von der Befreiung sogleich Gebrauch zu machen, ohne damit die Rechtmäßigkeit der ihn belastenden Nebenbestimmung anzuerkennen, und die Verwaltung kann ihre in Form von Auflagen getroffenen Anordnungen im Zwangswege durchsetzen, wenn sie nicht freiwillig befolgt werden.

Dagegen begünstigt die Erteilungsbedingung einseitig die Behörde. Der Antragsteller kann erst mit einer Befreiung rechnen, nachdem er bereits abgelöst hat. Trotzdem besitzt er keinen verfolgbaren Anspruch auf die Vergünstigung.

Die Wirksamkeitsbedingung ist nicht nur im Fall der sog. Ablösung, sondern im gesamten Baurecht überhaupt häufig ungeeignet, weil der rechtliche Schwebezustand, den sie herbeiführt, sich meistens hemmend auf die wirtschaftliche Durchführbarkeit des Bauvorhabens auswirkt. Es ist deshalb anerkannt, daß sogenannte "Baubedingungen" im Regelfall als Auflagen anzusehen sind¹⁾.

1) Baltz-Fischer S. 146; vgl. auch Wolff VerwR. I S. 249

3. Kapitel

Die Zulässigkeit der sogenannten Ablösung

Nachdem nunmehr der Rechtscharakter der sog. Ablösung hinreichend geklärt erscheint, ist es an der Zeit, sich mit dem Zulässigkeitsproblem auseinanderzusetzen. Eine solche Prüfung ist notwendig, denn der allgemeine Satz, daß Nebenbestimmungen einer ausdrücklichen Ermächtigung im Gesetz nicht bedürfen, wenn sie in Verbindung mit versagbaren günstigen Verwaltungsakten auftreten, vermag keineswegs alle Nebenbestimmungen gleich welchen Inhalts zu stützen.

Zunächst muß berücksichtigt werden, daß das Ausmaß der durch die Nebenbestimmung abgeforderten Belastung jedenfalls in quantitativer Hinsicht hinter der gewährten Vergünstigung zurückzustehen hat, weil sonst der Schluß a maiore ad minus seine Berechtigung verliert. Das bedeutet, daß die durch die sog. Ablösung dem Bauwilligen zugemutete finanzielle Einbuße den Betrag nicht übersteigen darf, den derselbe dadurch erspart, daß er der Verpflichtung, Einstellplatz zu schaffen, ledig bleibt. In qualitativer Hinsicht, und das ist wohl in bezug auf die Zulässigkeit das Entscheidende, kommt es darauf an, ob die Verbindung der Belastung mit der gewährten Vergünstigung aus sachlichen Gründen heraus gerechtfertigt ist. Die Ablösungsaufgabe darf also insbesondere nicht dem Sinn der RGaO zuwiderlaufen und keine unerlaubte Kopplung gänzlich verschiedener Verwaltungszwecke bewirken. Außerdem wird im folgenden Kapitel zu prüfen sein, ob nicht spezielle, vom Auflagecharakter der sog. Ablösung losgelöste Gesichtspunkte dieselbe verbieten. Dabei ist vor allem an etwaige verfassungsrechtliche Schranken zu denken sowie an den Grundsatz, daß Unmögliches nicht verlangt werden darf.

§ 6 Verfassungsrechtliche Bedenken

Ebensowenig wie die Vorschriften der RGaO eine Enteignung enthalten¹⁾, stellt die Ablösungsaufgabe selbst eine solche dar. Zwar können auch Nebenbestimmungen mitunter enteignenden Charakter haben²⁾, das setzt aber voraus, daß sie in die Substanz des Eigentums eingreifen. Als ein solcher Eingriff wird bereits der Entzug der Verwendungsmöglichkeit gewertet³⁾. Nun wird die Ablösung den betreffenden Bauherrn in der Regel nicht daran hindern, sein Grundstück zu bebauen; aber sogar dann, wenn das gesamte Bauprojekt an den zusätzlichen finanziellen Anforderungen scheitern müßte, wäre für die Annahme einer Enteignung kein Raum. Ein Entzug der Verwendungsmöglichkeit liegt nicht vor, weil die Ablösungsaufgabe noch hinter den gesetzlichen Anforderungen des § 2 RGaO zurückbleibt. Das Recht zu bauen besteht nur entsprechend den Vorschriften des materiellen Baurechts. Wenn schon die gänzliche Versagung eines Dispenses, welche praktisch bedeutet, daß ein Grundstück der beabsichtigten Bebauung entzogen ist, als zulässige Inhaltsbestimmung des Eigentums durch die Vorschriften der RGaO gedeckt ist, so kann der Bauherr auch durch dem Dispens mitgegebene Nebenbestimmungen nicht enteignet werden, sofern diese, was noch darzulegen sein wird, mit der Befreiung in innerem Zusammenhang stehen⁴⁾.

Desgleichen verstoßen Ablösungsaufgaben nicht gegen den Gleichheitsgrundsatz. Dieses Verfassungsgebot verbietet bei Ermessensentscheidungen nicht jegliche Differenzierung; dieselbe muß nur sachlich begründet sein und darf nicht auf Willkür

1) OVG Hamburg DVBl 1951 S. 218

2) Krüger DVBl 1955 S. 452

3) Hamann, Das Grundgesetz, Kommentar S. 152

4) vgl. BVerwG NJW 1955 S. 725

beruhen. Es bedeutet deshalb nicht automatisch einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz, wenn die Ablösung nicht in jedem Fall der Dispensbedürftigkeit gefordert wird, sondern im wesentlichen auf Innenstadtbauten beschränkt bleibt. Ein in der City gelegenes mehrgeschossiges Büro- oder Geschäftshaus wird mit Sicherheit erheblichen Parkmehrbedarf auslösen und damit zu einer von der RGaO unerwünschten¹⁾ Behinderung des fließenden Verkehrs führen, wenn nicht zusätzlicher Abstellraum - und sei es in Gestalt von öffentlicher Parkfläche - geschaffen wird. Dagegen wird ein reines Wohngebäude regelmäßig keinen ins Gewicht fallenden Parkmehrbedarf verursachen, sofern es sich nicht um einen größeren Häuserblock oder ein Hochhaus handelt. Es ist deshalb sachlich gerechtfertigt, wenn in dem einen Fall Ablösungszahlungen verlangt werden und im anderen nicht.

Ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz ist auch insofern nicht gegeben, als nur diejenigen Bürger von der Ablösbarkeit Gebrauch machen können, die finanziell hierzu befähigt sind²⁾. Auch die RGaO stellt Anforderungen an die finanzielle Leistungskraft, indem sie die Erstellung von Einstellplätzen verlangt. Da die Ablösung im Ausmaß noch hinter der gesetzlichen Belastung zurücksteht, stellt sie keine unzulässige Privilegierung der begüterten Bürger dar. Ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz würde allerdings dann vorliegen, wenn von einem Baulustigen eine Ablösung verlangt wird, die von einem anderen unter gleichen Umständen nicht gefordert worden ist. Dies betrifft dann aber den Einzelfall, nicht jedoch die Unzulässigkeit der Ablösung als solcher.

1) vgl. die Präambel zur RGaO

2) So Krüger, DVBl 1955 S. 521, der hier eine Konkurrenz zwischen Gleichheitssatz und Verhältnismäßigkeitsprinzip sieht, die er zugunsten des letzteren entscheiden will.

§ 7 Der Unmöglichkeitseinwand

Wie bereits festgestellt, trägt die sog. Ablösung den Charakter einer Auflage. Sie findet ihre allgemeine gesetzliche Grundlage in der Dispensklause des § 58 Abs. 2 RGaO, welche die Erteilung der Befreiung bei Vorliegen der dort aufgeführten Voraussetzungen (Vereinbarkeit mit den öffentlichen Belangen usw.) in das Ermessen der zuständigen Behörde stellt. Erst die Tatsache, daß der Antragsteller nicht die gesetzliche Anforderung des § 2 RGaO erfüllt und deshalb, um bauen zu können, auf einen Dispens angewiesen ist, versetzt die Verwaltung in die Lage, denselben mit Nebenbestimmungen zu versehen. Könnte der einzelne auch ohne Dispens bauen, wäre damit die Möglichkeit von Ablösungsaufträgen dahin.

In Rechtsprechung und Schrifttum ist die Frage umstritten, ob der Bauherr eines Dispenses nach § 58 Abs. 2 RGaO bedarf, wenn er dem Gebot, Einstellplatz zu schaffen, nachzukommen nicht in der Lage ist. Gestützt auf den anerkannten polizeirechtlichen Grundsatz, daß Unmögliches nicht verlangt werden darf¹⁾, wird der Standpunkt vertreten, daß der Bauwillige dieser Verpflichtung ledig werde, sofern er aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen zu ihrer Erfüllung nicht imstande sei²⁾. Nach dieser Meinung sind die Fälle der Unmöglichkeit scharf von denjenigen der Dispensgewährung zu trennen, weil bei ersteren die Verpflichtung entfällt, so daß die Notwendigkeit einer Befreiung gar nicht erst auftaucht.

1) Pr.OVG Bd. 95 S. 123; 72 S. 284; 64 S. 477; VGH Bremen DÖV 1956 S. 216; Drews-Wacke S. 165

2) Thiel-Frohberg S. 80

Die Unmöglichkeit wird verschieden interpretiert. Das LVG Köln fordert für die Durchsetzbarkeit der Vorschrift des § 2 RGaO, daß ihre Erfüllung objektiv möglich ist¹⁾. Thiel-Frohberg sehen schon den Fall des Unvermögens als ausreichend an, um das Gebot zur Schaffung von Einstellplatz gegenstandslos werden zu lassen²⁾, und der VGH Bremen schließlich will den Bauherrn auch dann von der Verpflichtung des § 2 RGaO freistellen, wenn ihm ihre Erfüllung nicht zugemutet werden kann³⁾.

Auf diese Meinungen braucht jedoch nicht einzeln eingegangen zu werden, weil wohl kein Fall der Unmöglichkeit die Verpflichtung des § 2 RGaO automatisch zum Erlöschen bringt und einen Dispens überflüssig macht⁴⁾. Bei einer Betrachtung des Problems ist von der Normenqualität der RGaO auszugehen. Sieht man in der Verordnung mit der wohl herrschenden Ansicht eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums im Sinne von Art. 14 GG⁵⁾, so ergibt sich schon von daher, daß es keine Unmöglichkeit bei der Anwendung ihrer Bestimmungen geben kann. Das Eigentum ist ein einheitlicher Begriff. Folglich müssen auch die seine Grenzen umreißen

1) Urt. v. 8.10.1957 - 2K 107/57 - (nicht veröff.)

2) Kommentar zur RGaO S. 81

3) DÖV 1956 S. 216

4) Zu demselben Ergebnis kommt das OVG Berlin auf dem entgegengesetzten Wege, wenn es die Forderung auf Schaffung von Einstellplatz grundsätzlich nicht als unmöglich ansehen will (HGBR Rspr. 1953/1954 Nr. 91 S. 311 unter Hinweis auf LVG Köln BuG 1953 S. 288).

5) Neufang BuG 1956 S. 184; Thiel-Frohberg S. 53; OVG Hamburg DVBl 1951 S. 248; vgl. auch BVerwG NJW 1955 S. 725; Forsthoff Lehrb. S. 302

Gesetze allgemein Geltung haben¹⁾. Es geht nicht an, ein Grundstück wegen seiner Beschaffenheit oder persönlicher Umstände seines Eigentümers ipso iure von der generellen Inhaltsbestimmung auszunehmen. Wäre es anders, könnte ein Begriff wie das Eigentum gar nicht abgegrenzt werden; er würde in ungezählte Formen von Sondereigentum zerfallen, für die, weil Unmögliches nicht verlangt werden darf, das eine oder andere Eigentum regelnde Gesetz nicht zur Anwendung käme. Eine andere Betrachtungsweise wäre allenfalls geboten, wenn die RGaO in ihrer Gesamtheit oder § 2 speziell enteignenden Charakter hätten. Dies wird aber, soweit ersichtlich, von niemandem behauptet.

Im übrigen schließt auch das Bestehen einer gesetzlichen Sonderregelung das Zurückgreifen auf den allgemeinen Unmöglichkeitssgrundsatz aus²⁾. § 58 Abs. 2 RGaO stellt nämlich direkt auf die Unerfüllbarkeit ab, wenn er das Vorliegen einer "offenbar nicht beabsichtigten Härte" zur Dispensvoraussetzung macht. Der Umstand, daß der Gesetzgeber daneben noch "Vereinbarkeit mit den öffentlichen Belangen" und "keine wesentliche Beeinträchtigung der Belange Beteiligter" fordert, zeigt gerade, daß Unmöglichkeit allein nicht ausreicht, um den Pflichtigen von den Anforderungen der RGaO zu befreien.

-
- 1) Baldauf (BuG 1957 S. 21/22) weist in diesem Zusammenhang zutreffend auf § 2 Abs. 2 der Bauordnungsverordnung vom 15.2.1936 (RGBl I S. 104) hin. Die Bestimmung, die mit Inkrafttreten des Bundesbaugesetzes aufgehoben wird (vgl. § 186 Abs. 1 Ziff. 15 BBG), schreibt eine bestimmte Mindestgröße als Voraussetzung der Bebaubarkeit vor. Wer mit seinem Grundstück unter der festgesetzten Mindestgröße liegt, wird nicht etwa automatisch pflichtfrei, sondern benötigt nach wie vor einen Dispens, auch wenn diese Vorschrift wegen der Beschaffenheit seines Grundstücks für ihn absolut unerfüllbar ist. Genauso ist es bei § 2 RGaO.
- 2) vgl. VG München BRS Bd. 4 S. 323; Richter BuG 1957 S. 182

Baldauf macht mit Recht darauf aufmerksam, zu welchen Konsequenzen es führen würde, wenn man den Bauwilligen bei Unmöglichkeit automatisch als pflichtfrei ansähe¹⁾. Dann entstünden mit behördlicher Genehmigung Bauten, die gegen das materielle Baurecht verstießen, ohne daß vorher durch einen Dispens von den entsprechenden Bestimmungen Befreiung erteilt worden wäre.

Die Unerfüllbarkeit der gesetzlichen Anforderung hat also nicht zur Folge, daß sie für den Betroffenen gegenstandslos wird. Auch im Unmöglichkeitsfalle bleibt der Pflichtige, sofern er bauen will, auf einen Dispens von der zwingenden Vorschrift des § 2 RGaO angewiesen. Damit entfällt der Unmöglichkeitseinwand als Hindernis für die sog. Ablösung; denn wenn die Behörde eine in ihrem Ermessen liegende Ausnahmegewilligung erteilt, kann sie dieselbe auch mit Nebenbestimmungen versehen, diese müssen nur in quantitativer Hinsicht hinter der gewährten Vergünstigung zurückbleiben und mit ihr in innerem Zusammenhang stehen.

1) BuG 1957 S. 22

§ 8 Der Grundsatz, daß hoheitliches Handeln nicht
verkauft werden darf

Außer dem Unmöglichkeitseinwand wird gegen die sog. Ablösung u.a. vorgebracht, sie verstoße gegen den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsatz, daß eine Behörde für die Erfüllung einer amtlichen Aufgabe eine besondere Geldleistung nur verlangen kann, wenn dies gesetzlich zugelassen ist¹⁾. Es beruhe auf sachfremden Erwägungen, wenn unter öffentlichem Interesse im Sinne der Härtevorschrift des § 58 RGaO die Schaffung von öffentlichem Parkraum auf Kosten des Baulustigen verstanden werde. Bei der Handhabung der RGaO, die den Gemeinden als Pflichtaufgabe nach Weisung zugeteilt sei, dürften nicht ausschließlich oder überwiegend kommunalfinanzielle und verkehrswirtschaftliche Belange im Vordergrund stehen. .

In seiner Ansicht, daß eine Dispensierung nach § 58 Abs. 2 RGaO nicht generell von der Zahlung irgendwelcher Ablösungsbeträge abhängig gemacht werden darf, ist Thiel durchaus zuzustimmen. Es lassen sich in der Tat Fälle denken, etwa in weniger dicht besiedelten Randgebieten, in denen eine uneingeschränkte Befreiung möglich ist, weil dadurch keine ernsthafte Behinderung des fließenden Verkehrs eintritt. Einer solchen Lage hat die behördliche Ermessensentscheidung Rechnung zu tragen. Tut sie das nicht, wird das Ermessen schablonisiert, und etwaige Auflagen rücken leicht in die bedenkliche Nähe einer Steuer, die selbstverständlich nur auf Grund spezieller gesetzlicher Ermächtigung erhoben werden kann. Damit ist aber nicht gesagt,

1) Thiel, Zur Handhabung der RGaO, DVBl 1954
S. 353/354

daß finanzielle Erwägungen bei Ermessensentscheidungen unter allen Umständen unsachgemäß zu sein brauchen¹⁾. Bei der Prüfung der Frage, ob im Einzelfall eine rechtsmißbräuchliche und damit unzulässige Vorteilsbeschaffung im Wege der Kopplung der Erteilung einer Ausnahmegenehmigung oder anderer hoheitlicher Amtsausübung mit wirtschaftlichen Gegenleistungen des Gesuchstellers vorliegt, kommt es nach Auffassung des BGH²⁾ nicht allein auf die rein formale Gestaltung der Rechtsbeziehungen der Beteiligten an. Vielmehr müsse diese Frage von der jeweiligen konkreten Situation aus betrachtet werden, und zwar vor allem unter wirtschaftlicher Wertung des Gesamtvorganges. Soweit eine Gemeinde die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung von einer Bausperre von wirtschaftlichen Leistungen des Bauherrn oder Auflagen an diesen abhängig mache, die in innerem Zusammenhang mit dem Zwecke der Bausperre stünden und die den Bauherrn im Grunde nicht schlechter stellten als bei der Durchführung hoheitlicher Maßnahmen (Enteignung), könne in der Regel ein Verstoß gegen das Verbot, die Erfüllung von Amtsobliegenheiten mit wirtschaftlichen Gegenleistungen des Gesuchstellers zu koppeln, nicht angenommen werden.

Diese Rechtsgrundsätze des BGH sprechen m.E. für die Zulässigkeit der sog. Ablösung. Ein innerer Zusammenhang mit dem Zweck der RGaO kann den Ablösungsaufgaben nicht abgesprochen werden, wenn sie der Förderung des fließenden Verkehrs, dem erklärten Ziel der RGaO, dienen.³⁾ Daß sie daneben

1) BVerfGE Bd. 3 S. 11; Württ-Bad.VGH in DVBl 1954 S. 506; Krüger DVBl 1955 S. 520; Wolff VerwR. I S. 140. - Das gibt auch Thiel anderen Orts zu, wenn er im Falle des § 2 Abs. 2 RGaO die freie Vereinbarung eines Kostenbeitrages zur Erweiterung des öffentlichen Verkehrsraumes an geeigneter Stelle zuläßt (DVBl 1954 S. 353).

2) NJW 1958 S. 379

3) Hierzu: ausf. auf S. 56 ff.

auch dem fiskalischen Interesse der Gemeinden entgegenkommen, indem diesen nämlich insoweit die Schaffung zusätzlichen öffentlichen Parkraumes erspart bleibt, ändert hieran nichts, weil ihr Hauptzweck dadurch nicht beeinträchtigt wird. Wenn Vitt den Ablösungsaufgaben den inneren Zusammenhang mit den Zielen der RGaO wegen ihrer fiskalischen Nebenwirkung abspricht¹⁾, so kann ihm darin nicht gefolgt werden²⁾. Es sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, daß auch in Gemäßheit der gesetzlichen Vorschriften geschaffener privater Einstellplatz die Gemeinden finanziell entlastet, weil er die öffentlichen Verkehrsflächen für den fließenden Verkehr frei macht³⁾, ohne daß die Gemeinden als Träger der Parkplatzbaulast dafür Aufwendungen zu machen hätten. Der fiskalische Schutz der Gemeinden ist der RGaO nicht so fremd, wie Vitt anzunehmen scheint.

Deshalb kann auch seine Auffassung, die Leitsätze des BGH bezögen sich lediglich auf Ausnahmegenehmigungen von Bausperren, die Bestandteile des Planungsrechts seien, weil nur diesen der Schutz der Gemeinden vor fiskalischen Nachteilen von der ratio des Gesetzes her innewohne, nicht überzeugen. Sie findet auch in den weitgefaßten Formulierungen des BGH keine Stütze.

Was nun die andere Forderung des BGH anbelangt, daß nämlich der Bauherr im Grunde nicht schlechter gestellt sein dürfe als bei der Durchführung hoheitlicher Maßnahmen, so besteht Einigkeit darüber, daß die durch die Ablösungsaufgabe auferlegte Belastung sich in den Grenzen der gewährten Vergünstigung zu halten hat. Der Bauherr darf also nicht schlechter dastehen, als wenn von ihm die Erfüllung des § 2 RGaO gefordert würde.

1) BuG 1959 S. 91

2) vgl. auch Baldauf BuG 1958 S. 317

3) vgl. Präambel der RGaO

Damit sind die vom BGH abstrakt formulierten Voraussetzungen von Dispensauflagen, innerer Zusammenhang und keine wirtschaftliche Schlechterstellung des Bauherrn, bei der sog. Ablösung gegeben. Ein Verstoß gegen das Verbot, die Erfüllung von Amtsobliegenheiten mit wirtschaftlichen Gegenleistungen des Gesuchstellers zu koppeln, ist somit nicht zu erkennen.

§ 9 Das Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen

Grundlage

Der oben auf Seite 43 zitierte Satz, daß Nebenbestimmungen keiner speziellen Ermächtigung im Gesetz bedürfen, wenn sie zusammen mit versagbaren Ausnahmegewilligungen ergehen, läßt sich auf zwei verschiedene Arten begründen. Entweder es wird von der liberalen Auffassung ausgegangen, daß nur die in Freiheit und Eigentum eingreifende Verwaltung, nicht aber die gewährende an das Gesetzmäßigkeitsprinzip gebunden ist. Dann kann die Nebenbestimmung als ein Teil der gewährten Vergünstigung angesehen werden, wenn man das "Mehr an Belastung des Bürgers in ein Minder an Wohltat verwandelt und die um die Auflage verminderte Wohltat an der Gesetzlosigkeit der vollständigen Wohltat teilnehmen läßt".¹⁾ Oder aber man erblickt in der Befugnis, eine Vergünstigung ganz zu versagen, die generelle gesetzliche Ermächtigung, dieselbe auch mit Nebenbestimmungen zu versehen.²⁾

Es besteht jedoch Einigkeit darüber, daß nicht allein die Zweckmäßigkeitsvorstellungen der Behörden die Frage zu entscheiden haben, welche Auflagen sie den von ihnen gewährten Vergünstigungen mitgeben dürfen, so daß die Verschiedenheit der Begründungen für die Zulässigkeit etwaiger Nebenbestimmungen ohne Bedeutung ist. Unabhängig davon gehen allerdings die Meinungen hinsichtlich der vorzunehmenden Ermessensbeschränkung weit auseinander. Es gibt nur eine gemeinsame Grundformel, daß nämlich zwischen dem Hauptinhalt des günstigen Verwaltungsaktes und der lästigen Nebenanordnung

1) Krüger DVBl 1955 S. 451

2) H.R. Huber Diss. S. 79

ein sachlicher innerer Zusammenhang bestehen muß¹⁾. Diese Formel ist aber zu vage und ausfüllungsbedürftig, um restlos Klarheit schaffen zu können. So erfährt denn auch der Begriff des "inneren Zusammenhangs" eine speziellere Auslegung und wird einmal vom Gesetz, das die Vergünstigung gestattet,²⁾ zum anderen von der Zuständigkeit der Behörde her bestimmt, die den begünstigenden Verwaltungsakt erläßt³⁾.

Bei der folgenden Zulässigkeitsprüfung von Ablösungsauflagen soll zunächst vom ermächtigenden Gesetz ausgegangen werden. Dabei stellt sich die Frage, ob der Gesetzeswortlaut oder der Sinn der gesetzlichen Regelung für den inneren Zusammenhang von Wohltat und Auflage maßgeblich ist; d.h. ob etwaige Nebenbestimmungen durch den Gesetzestext irgendwie gestützt sein müssen, oder ob es den Behörden möglich ist, im Rahmen der durch Auslegung zu ermittelnden gesetzlichen Zweckbestimmung ihre eigenen Wertvorstellungen zu verwirklichen.

Der BGH hat sich im Falle einer Auflassungsgenehmigung eines land- oder forstwirtschaftlich genutzten Grundstücks auf den strengen ersteren Standpunkt gestellt. In einem Beschluß vom 7.12.1954⁴⁾ folgert er aus der Tatsache, daß Bedingungen und Auflagen im Genehmigungsverfahren dazu bestimmt sind, einen gesetzlichen Versagungsgrund zu beseitigen, daß sich solche Anordnungen im Rahmen der gesetzlichen Versagungsgründe zu halten hätten und keinen gesetzesfremden Zwecken dienen dürften. Ob diese Ansicht richtig ist⁵⁾, kann dahingestellt

-
- 1) Eisentraut Diss. S. 58; H.R. Huber Diss. S. 90; Jellinek Gesetz, Gesetzesanwendung S. 302; Krüger DVBl 1955 S. 518 m. weit. Hinw.
 - 2) H.R. Huber Diss. S. 90; Jung Diss. S. 26; Kormann System S. 158; O. Mayer VerwR I S. 248
 - 3) Fachinger DV 1949 S. 121; v. Mangoldt VerwArch. Bd. 37 S. 119
 - 4) BGH Betriebsberater 1955 S. 8 f.
 - 5) a.A. Wolff VerwR. I S. 250; Krüger DVBl 1955 S. 522

bleiben. Jedenfalls sind die vom BGH gezogenen Schlußfolgerungen kein Hindernis für die sog. Ablösung, weil diese nicht im eigentlichen Genehmigungsverfahren, sondern bei einer gegebenenfalls notwendig werdenden Dispensierung durchgesetzt werden soll. Wie bereits erläutert, bestehen zwischen Genehmigung und Dispens begriffliche Unterschiede, die eine entsprechende Anwendung der obigen Grundsätze verbieten. Stellt nämlich die Genehmigung eine Erklärung der zuständigen Behörde dar, daß dem geplanten Vorhaben keine gesetzlichen Hindernisse entgegenstehen, so folgt daraus ohne weiteres, daß sie bei Vorliegen eines gesetzlichen Versagungsgrundes nicht ergehen darf, sofern dieser nicht durch eine Auflage oder Bedingung beseitigt werden kann. Weitergehende Nebenbestimmungen können einer Genehmigung nicht hinzugefügt werden, wenn der Antragsteller bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen einen Anspruch auf uneingeschränkte Erlaubniserteilung hat. Beim Dispens besitzt der Antragsteller aber weder einen Anspruch auf Erteilung, noch besteht die Notwendigkeit, daß Nebenbestimmungen einen gesetzlichen Versagungsgrund beseitigen müßten, es sei denn, man würde die Voraussetzungen einer Befreiung (Vereinbarkeit mit den öffentlichen Belangen etc.) ebenfalls hierzu zählen. Dann würde die sog. Ablösung aber sogar den vom BGH aufgestellten Grundsätzen entsprechen, weil sie damit begründet wird, daß eine uneingeschränkte Dispensierung mit den öffentlichen Belangen unvereinbar sei.

Die Auffassung, daß Nebenbestimmungen in dem jeweils zur Anwendung kommenden Gesetz einen Rückhalt brauchten, wird nicht nur für das Genehmigungsverfahren vertreten, sondern auch speziell in bezug auf die sog. Ablösung¹⁾. Forsthoff weist darauf hin,

1) Diester DVBl 1950 S.427; Forsthoff Lehrb. S.267

daß die RGaO den Baubewerber nur zur Anlage von Garagen und Einstellplätzen für sein Grundstück verpflichte; es sei nicht vorgesehen, daß er zur Verbesserung des städtischen Verkehrsraumes und der öffentlichen Parkgelegenheiten einen Beitrag zu leisten habe. Deshalb sei die Übung vieler Städte rechtswidrig, bei der Erteilung von Bauerlaubnissen, die Dispensation von den Verpflichtungen aus der RGaO mit Ablösungszahlungen des Bauherrn zu koppeln¹⁾.

Gegen diese Ansicht ForsthoFFs erheben sich Bedenken, wenn man davon ausgeht, daß Nebenbestimmungen keiner speziellen gesetzlichen Ermächtigung bedürfen, sofern sie zusammen mit versagbaren Ausnahmegewilligungen ergehen und mit der gewährten Vergünstigung in einem hinreichenden inneren Zusammenhang stehen. Dieser Grundsatz, dessen Gültigkeit auch heute noch angenommen wird²⁾, wäre praktisch aufgehoben, wenn eine im Gesetz nicht vorgesehene Auflage in jedem Fall als unzulässig zu gelten hätte. Für eine derart strenge Auslegung des Gesetzmäßigkeitsgebots der Verwaltung besteht m.E. kein Bedürfnis. Die Verwaltung würde über Gebühr eingeengt, wenn sie auch bei der Ausübung des Befreiungsrechts auf bloße Normenvollziehung beschränkt bliebe. Gerade dann muß ihr im Rahmen eines vernünftigen Sachzusammenhanges die Befugnis zu eigener Gestaltung zustehen, weil sonst eine gerechte Abwägung zwischen öffentlichen und privaten Belangen häufig nicht möglich sein wird³⁾.

1) Forsthoff a.a.O.

2) BGH NJW 1958 S. 379; OVG Münster BBBl 1954 S. 446; Wolff VerwR. I S. 250; Fachinger DV 1949 S. 119; Krüger DVBl 1955 S. 451; v.Mangoldt VerwArch. Bd. 37 S. 119; Maury DVBl 1950 S. 635; Pietzonka NJW 1957 S. 1583

3) Maury a.a.O.

Eine andere Betrachtungsweise wäre selbstverständlich geboten, wenn die RGaO eine erschöpfende Sonderregelung darstellte und aus diesem Grunde ein Zurückgreifen auf allgemeine Grundsätze unstatthaft wäre. Thiel-Frohberg vertreten diesen Standpunkt¹⁾. Die Bekämpfung des abstrakt normierten Gefährdungstatbestandes (das Nichtschaffen von Einstellplatz oder Garagen im Sinne von § 1 Abs. 1 RGaO) sei in der RGaO durch Spezialbestimmung abschließend geregelt. Deshalb dürfe die Baugenehmigungsbehörde zur Abwendung einer Gefahr dieser Art im Einzelfalle nicht ohne weiteres auf die allgemeine Generalklausel zurückgreifen; sie müsse nach dem Grundsatz, daß das speziellere Gesetz vorgehe, immer zuerst prüfen, ob Bestimmungen des insoweit vorliegenden Sonderbaupolizeirechts anwendbar seien. Wenn dies der Fall sei, müßten die besonderen Vorschriften angewendet werden.

Dazu ist zu bemerken, daß der Dispens nach § 58 Abs. 2 RGaO gerade voraussetzt, daß der "abstrakt normierte Gefährdungstatbestand" sich auf die in der RGaO vorgesehene Weise nicht oder doch nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten bekämpfen läßt. Wenn dann die RGaO die Möglichkeit bietet, von der Verpflichtung des § 2 zu dispensieren, bedeutet dies nicht etwa, daß darin eine andere Art der Bekämpfung des gefährlichen Zustandes liegt, sondern daß aus Billigkeitsgründen auf eine Durchsetzung der RGaO verzichtet wird. Bieten sich nun andere Maßnahmen zur Beseitigung oder Bekämpfung der Gefahrenlage an, gegen die keine Billigkeitsbedenken bestehen, so ist nicht einzusehen, warum nicht auf sie zurückgegriffen werden dürfte. Der Satz: *Lex specialis derogat legi generali* kann doch nur Geltung haben, sofern das Spezialgesetz

1) Kommentar S. 30

auch wirklich zur Anwendung kommt, nicht aber, wenn von seinen Vorschriften Befreiung erteilt wird. Daß die Dispensklausele ein Teil des Spezialgesetzes ist und die Befreiung somit auch einen Anwendungsfall des Gesetzes bildet, muß dabei außer Betracht bleiben. Stellt nämlich der Dispens den Bauherrn von den Anforderungen der RGaO frei, so dürfen auch der Verwaltung hinsichtlich desselben Bauvorhabens, das außerhalb der RGaO steht, nicht die Fesseln dieser Verordnung angelegt werden.

Es ist im übrigen anerkannt, daß die Bauordnungen nichts anderes sind als Konkretisierungen und Spezialisierungen des materiellen Polizeibegriffes und durch die polizeiliche Generalermächtigung ergänzt werden¹⁾. Das gilt auch für die RGaO²⁾, so daß schon deswegen das Spezialitätsprinzip grundsätzlich unanwendbar ist. Wenn Thiel-Frohberg trotzdem eine Ergänzung der RGaO durch die polizeiliche Generalklausel für unzulässig halten³⁾, so kann dem nicht gefolgt werden, weil die RGaO gegenüber den anderen Bauordnungen insofern keine Sonderstellung einnimmt⁴⁾.

1) Thiel-Frohberg S. 30; Pr.OVG in BRS Bd. 1 S.212 u. S. 236; Pr.OVG Bd. 100 S. 255/256; Bd.95 S. 221

2) "gewissermaßen eine Reichsbauordnung für die Garagen darstellende Bauordnung", OVG Münster DÖV 1957 S. 458

3) Kommentar zur RGaO S. 31

4) Der Hinweis auf die polizeiliche Generalklausel soll nur die These entkräften, daß die RGaO als abschließende Sonderregelung die Ablösung verbietet. Es wird nicht behauptet, die Ablösungsaufgabe könne direkt auf § 14 OBG (PVG) gestützt werden. Der einzelne Bauherr ist nach §§ 14 ff. OBG lediglich für die von seinem Grundstück ausgehende Gefahr ordnungspflichtig. Deshalb kann auf Grund dieser Vorschriften von ihm die Schaffung öffentlichen Parkraumes nicht verlangt werden.

Im Gegensatz zu der bisher behandelten und abgelehnten Auffassung, daß innerer Zusammenhang zwischen Auflage und Vergünstigung nur vorhanden sei, sofern der Gesetzeswortlaut einen Anhalt hierfür biete, wird von anderen Autoren die Ansicht vertreten, es genüge, wenn die Auflage mit der ratio des Gesetzes in Einklang stehe, welches die Ermessensklausel enthalte¹⁾. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob Ablösungsauflagen mit dem Sinn und Zweck der RGaO zu vereinbaren sind.

Das gesetzgeberische Motiv für die Schaffung der RGaO hat in ihrer Präambel Ausdruck gefunden. Es heißt dort: "Die Förderung der Motorisierung ist das vom ... Reichskanzler gewiesene Ziel. Die Zunahme der Kraftfahrzeuge im Straßenverkehr erfordert, daß die öffentlichen Verkehrsflächen für den fließenden Verkehr freigemacht und möglichst wenig durch ruhende Kraftfahrzeuge belastet werden. Zu diesem Zweck müssen die Kraftfahrzeuge dort, wo sie regelmäßig längere Zeit stehen, außerhalb der öffentlichen Verkehrsflächen ordnungsgemäß eingestellt werden. Zur Förderung der Motorisierung ist diese Unterbringung der Kraftfahrzeuge so weit zu vereinheitlichen, zu erleichtern und zu verbilligen, wie es mit den Forderungen der Sicherheit, der Schadensverhütung und des Gemeinschaftsfriedens zu vereinbaren ist."

Die sog. Ablösung bleibt also nicht nur im Gesetzestext, sondern auch in der Präambel unerwähnt. Man hat daraus gefolgert, sie widerspreche dem Zweck der RGaO und sei deshalb unzulässig²⁾. Es wird zwar eingeräumt, daß es zu den Möglichkeiten des Befreiungsrechts gehöre, die Auswirkungen einer Befreiung durch sinnvolle Anlagen zu mildern. Jedoch könne die Ablösung nicht als sinnvoll be-

1) H.R. Huber Diss. S. 90; O. Mayer VerwR. I S.248

2) Runderlaß des Ministers für Wiederaufbau Nordrhein-Westfalen betr. Reichsgaragenordnung v. 18. 2. 1956 (MBl NW S. 505); Thiel-Frohberg S. 151

trachtet werden. Einstellplätze und öffentliche Parkplätze seien nach der Begriffsbestimmung des § 1 RGaO sich ausschließende Gegensätze, letztere daher kein geeigneter Ersatz für die ersteren.¹⁾

Diese Ausführungen können nicht unwidersprochen bleiben. Allerdings sind Einstellplätze und öffentliche Parkplätze insofern Gegensätze, als die einen dem privaten, die anderen dem öffentlichen Abstellbedarf zu dienen bestimmt sind. Daraus aber zu schließen, öffentlicher Parkplatz könne kein geeigneter Ersatz für privaten Einstellplatz sein, geht m.E. zu weit. Die Unterscheidung zwischen Einstellplatz und öffentlichem Parkplatz ist in erster Linie juristischer Natur. Sie vermag nicht darüber hinwegzutäuschen, daß die tatsächliche Nutzungsart die gleiche ist, nämlich ruhenden Verkehr aufzunehmen. Dem parkenden Besucher eines in der Innenstadt gelegenen Geschäftshauses wird es in der Regel gleichgültig sein, ob er sein Fahrzeug auf öffentlichem oder privatem Boden abstellt. Wichtig ist für ihn allein, daß er seinen Wagen überhaupt an irgendeiner Stelle parken kann. Deshalb bleibt die Anlegung öffentlicher Parkflächen auch dann sinnvoll, wenn eigentlich Einstellplatz nach der RGaO hätte geschaffen werden müssen. Gegenüber der uneingeschränkten Dispensierung, die einen völligen Verzicht auf Abstellfläche bedeutet, erscheint es durchaus sinnvoll, wenigstens öffentlichen Parkraum anzulegen und so der Verkehrsnot in den Großstädten zu begegnen.

Mit der allgemeinen Feststellung, daß die sog. Ablösung sinnvoll und zweckmäßig ist, wird allerdings der Einwand ihrer Unvereinbarkeit mit der Zielsetzung der RGaO noch nicht ausgeräumt. Diese Meinung findet vielmehr in der Präambel eine ge-

1) oben angef. Runderl. Min. f. Wiederaufb. Ziff. 3.3 u. 3.31

wisse Stütze, weil die Ablösung, anstatt, wie dort gefordert, die öffentlichen Verkehrsflächen für den fließenden Verkehr freizumachen, dieselben erweitern will. Zwar enthält die Präambel keine unmittelbar verpflichtenden Rechtssätze, sie sagt lediglich etwas über das gesetzgeberische Motiv aus, ist aber gerade deshalb für die Erforschung des Gesetzeszweckes von großer Bedeutung, zumal Materialien zur RGaO nicht auffindbar sind¹⁾. Im folgenden soll gezeigt werden, daß trotz des Wortlauts der Präambel bei sinngemäßer und dem Verwaltungsrecht angemessener teleologischer Auslegung²⁾ die sog. Ablösung sich mit der ratio des Gesetzes im Einklang befindet.

Wenn es in der Präambel heißt, die Zunahme der Kraftfahrzeuge im Straßenverkehr erfordere, daß die öffentlichen Verkehrsflächen für den fließenden Verkehr freigemacht und möglichst wenig durch ruhende Kraftfahrzeuge belastet würden, so ergibt sich daraus, daß nur diejenigen öffentlichen Verkehrsflächen gemeint sein können, die für die Aufnahme fließenden Verkehrs geeignet sind, also in erster Linie Straßen und Wege. Es kam dem Gesetzgeber beim Erlaß der RGaO offenbar darauf an, die Straßenränder von parkenden Autos möglichst zu befreien, um das der rasch anschwellenden Motorisierung ohnehin nicht mehr gewachsene Straßennetz ausschließlich für den fließenden Verkehr offenzuhalten. Der Freimachung dieser Flächen dient aber nicht nur privater Einstellplatz, sondern auch zusätzlicher öffentlicher Parkraum³⁾, wenn er so angelegt wird, daß er kein Hindernis für den fließenden Verkehr darstellt. Deshalb entspricht die sog. Ablösung, auch wenn dies nicht direkt ausgesprochen ist, den Zielen der RGaO.

1) Thiel-Frohberg S. 23

2) Thiel-Frohberg a.a.O.

3) Baldauf BuG 1957 S. 24

Dagegen wird eingewendet, daß die RGaO den Gemeinden nicht die ihnen obliegende Pflicht zur Anlage öffentlicher Parkplätze abgenommen und den Bauherren auferlegt habe¹⁾, auch könne die RGaO nicht als "Bundesparkplatzordnung" angewendet werden²⁾. Daran ist sicher richtig, daß der normale Anwendungsfall des Gesetzes zur Schaffung von privatem Einstellplatz führen muß, weil dies in den Bestimmungen der RGaO so vorgesehen ist. Es fragt sich jedoch, ob nicht im Dispensfall von diesem Grundsatz zugunsten öffentlichen Parkraumes abgewichen werden darf. Denn die RGaO dient in ihrer Gesamtheit, worauf Baldauf mit Recht hinweist³⁾, auch dem fiskalischen Schutz der Gemeinden. Jede Befreiung von der Verpflichtung des § 2 RGaO hat aber zur Folge, daß der entstehende Parkmehrbedarf der Gemeinde zur Last fällt. Es widerspricht deshalb keineswegs dem Sinn der Verordnung, wenn ein Teil dieser Mehrbelastung von den durch eine nach § 58 Abs. 2 RGaO gewährte Befreiung finanziell begünstigten Bauherren getragen wird, sofern nur gewährleistet ist, daß die gezahlten Ablösungsbeträge auch zur Schaffung zusätzlicher Parkmöglichkeiten verwandt werden und hierdurch eine Erleichterung für den fließenden Verkehr eintritt.

In diesem Zusammenhang ist noch auf den Unterschied von Abs. 1 und Abs. 2 des § 2 RGaO einzugehen, auf den bisweilen mit Nachdruck hingewiesen wird. Thiel-Frohberg, sonst konsequente Gegner der sog. Ablösung wollen es nämlich im Falle des Abs. 2 ausnahmsweise zulassen, sofern ein anderer, weniger belastender Weg nicht möglich ist, daß "die Gemeinde als Träger der Baulast öffentlicher Parkflächen zwecks deren Erweiterung an geeigneter

1) Runderl. Min.f.Wiederaufb.NW v.18.2.1956 (MBI NW S. 505) Ziff. 4

2) Thiel-Frohberg S. 163

3) BuG 1957 S. 22

Stelle mit dem Bauherrn hierfür die Zahlung eines Kostenbeitrages vereinbart¹⁾. Die unterschiedliche Behandlung der beiden Tatbestände wird mit ihrer jeweiligen Zweckbestimmung begründet. Während der Einstellplatz nach Abs. 1 in erster Linie der Dauerunterstellung gelte und somit Garagenersatz sei, solle der Einstellplatz des Abs. 2 den für einen zusätzlichen Zu- und Abgangsverkehr vorübergehenden Einstellbedarf decken. Damit sei eine den öffentlichen Parkflächen verwandte Nutzungsart gegeben²⁾.

Wenngleich die kurzfristige Dauer des Abstellvorganges nach § 16 StVO kein begriffliches Merkmal des Parkens darstellt, soll nicht bestritten werden, daß die dargestellte Betrachtungsweise einen zutreffenden Kern enthält. Daraus darf aber nicht der Schluß gezogen werden, Ablösungsaufgaben seien nur im Falle des Abs. 2 statthaft. Das würde nämlich bedeuten, daß es für den inneren Zusammenhang zwischen Auflage und Dispens allein auf die Nutzungsdauer des an sich zu schaffenden Einstellplatzes ankäme, wodurch das Merkmal des inneren Zusammenhanges zu sehr eingeengt würde. Gibt es zwischen dem an sich geschuldeten Einstellplatz und dem durch die Ablösung geschaffenen öffentlichen Parkraum eine Ähnlichkeit der Benutzungsweise, die sich sowohl auf das Abstellen von Kraftfahrzeugen als auch auf die Dauer dieses Vorganges erstreckt, so ist der innere Zusammenhang schon deshalb gegeben, weil das Erreichte dem Geschuldeten nahekommt. Eine Auflage kann aber auch dann mit einer Befreiung von der Verpflichtung des § 2 RGAO in innerem Zusammenhang stehen, wenn sie einen Zustand herbeiführt, der dem geschuldeten

1) Thiel-Frohberg S. 87; Thiel DVBl 1954 S. 353

2) Thiel-Frohberg S. 151; vgl. auch oben angef. Min.Erl. Ziff. 3.32

nicht so weitgehend ähneln; sie muß nur mit der ratio des Gesetzes übereinstimmen.

Der Sinn der gesetzlichen Regelung liegt doch darin, die für die Aufnahme fließenden Verkehrs geeigneten öffentlichen Flächen von ruhenden Kraftfahrzeugen freizumachen. Deshalb bewirken sowohl die nach § 2 Abs. 1 als auch die nach Abs. 2 nicht ordnungsgemäß abgestellten Fahrzeuge eine von der RGaO unerwünschte Mehrbelastung der öffentlichen Verkehrsflächen. Ein auf Dauer (Abs.1) abgestelltes Fahrzeug wird sogar ein weitaus empfindlicheres und daher mit den öffentlichen Belangen schwerer zu vereinbarendes Hindernis darstellen als ein nur vorübergehend abgestelltes (Abs.2). Also wird der Dispens im Fall des Abs. 1 weniger leicht zu bekommen sein als im Fall des Abs. 2. Wenn aber überhaupt dispensiert wird - und diese Möglichkeit kann wegen des Wortlauts von § 58 Abs. 2 RGaO nicht generell ausgeschlossen werden - so ist schwer einzusehen, warum im Falle des Abs. 2 Ablösungszahlungen verlangt werden dürfen¹⁾ und im Falle des Abs. 1, wo die gewährte Vergünstigung größer ist, nicht²⁾. Zwar wird ein auf Dauer (Abs. 1) abgestelltes Fahrzeug den durch die Ablösung geschaffenen öffentlichen Parkraum über den Rahmen des Gemeingebrauchs hinaus in Anspruch nehmen; dies stellt aber, gemessen an den Zielen der RGaO, gegenüber der Beeinträchtigung des fließenden Verkehrs bei uneingeschränkter Dispensierung immer noch einen wesentlichen Vorteil dar. Das muß selbst dann gelten, wenn das Fahrzeug auf dem zusätzlichen öffentlichen Parkraum keinen Platz findet, denn es kommt nach dem Sinn der RGaO in erster

1) Nach Thiel-Frohberg soll die Zahlung eines angemessenen Kostenbeitrages nur auf Grund freiwilliger Vereinbarung zulässig sein (vgl. dazu Ausf. auf S. 33 f.).

2) vgl. Baldauf BuG 1956 S. 244

Linie auf die Entlastung des fließenden Verkehrs an, nicht darauf, daß ein bestimmtes Fahrzeug an einer bestimmten Stelle abgestellt wird. Deshalb ist die sog. Ablösung auch im Falle des Abs. 1 zulässig und die von Thiel-Frohberg vorgenommene Unterscheidung m.E. nicht gerechtfertigt.

Nachdem somit die Vereinbarkeit der sog. Ablösung mit der ratio der RGaO feststeht, ist noch zu prüfen, ob innerer Zusammenhang zwischen Vergünstigung und Auflage auch von der Zuständigkeit der Befreiungsbehörde her zu bejahen ist. Die Verwaltung könnte der Vorwurf treffen, sie habe das ihr eingeräumte Ermessen zur Verfolgung eines Zweckes benutzt, für dessen Wahrnehmung sie nicht zuständig sei.¹⁾ Im Baupolizeirecht ist die Zuständigkeit der Behörden jedoch stets weit gefaßt worden. Eine strenge Kompetenzabgrenzung, die ihre grundsätzliche Rechtfertigung in dem historisch-prägnanten Zuständigkeitsbegriff (Zuständigkeit = Monopol) findet²⁾, wird als unzweckmäßig empfunden und durch das Institut der Zweckvermehrung ergänzt.³⁾ Es ist ein in der Rechtsprechung feststehender Grundsatz, daß die Baupolizeibehörden, soweit es sich um bauliche Anlagen, insbesondere um die Erteilung oder Versagung der Bauerlaubnis handelt, nicht auf die Wahrnehmung baupolizeilicher oder bautechnischer Belange beschränkt sind, sondern den Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in vollem Umfang wahrzunehmen haben. Sie vereinigen in derartiger

1) vgl. Drews-Wacke S. 108; Forsthoff Lehrb. S. 86 Wolff VerwR. I S. 140 - Die Lehre vom détournement de pouvoir ist vor allem im französischen Verwaltungsrecht entwickelt worden. Kormann (System S. 158) meint, es handele sich hierbei "um eine Art öffentlich-rechtlicher exceptio doli".

2) siehe hierzu ausf. Krüger DVBl 1955 S. 518

3) Krüger DVBl 1955 S. 520; vgl. OVG Münster BBBl 1954 S. 446

gen Fällen in sich die Zuständigkeiten derjenigen Polizeibehörden, deren Belange irgendwie durch die bauliche Anlage unmittelbar berührt werden, also auch die der Verkehrspolizei¹⁾. Letzteres muß in verstärktem Maße bei einer Befreiung nach § 58 Abs. 2 gelten, weil die RGaO, welche von den Baupolizeibehörden durchgesetzt wird, weitgehend verkehrspolizeilichen Belangen zu dienen bestimmt ist. Die Tatsache, daß die RGaO die sog. Ablösung nicht ausdrücklich vorsieht, hat auf die Zuständigkeit der Baupolizei keinen Einfluß. Denn wenn man einmal grundsätzlich auf die Notwendigkeit einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung bei Nebenbestimmungen von versagbaren Ausnahmegewilligungen verzichtet²⁾ und sich mit einem inneren Zusammenhang von Auflage und Vergünstigung begnügt, so muß dies nicht nur in materieller, sondern auch in formeller Hinsicht gelten, weil auf dem Gebiet des Polizei- und Ordnungswesens Zuständigkeit und Eingriffsermächtigung von den gleichen Faktoren bestimmt werden.

1) Pr.OVG Bd. 100 S. 255/56; Bd. 95 S. 221; Pr.OVG in BRS Bd. 1 S. 212 u. 236; OVG Münster DVBl 1955 S. 294; vgl. auch Baltz-Fischer S. 144; Büge-Zinkahn, Der Rechtsschutz gegen Verunstaltung S. 83

2) § 23 Abs. 2 OBG steht dem nicht entgegen. Die Vorschrift gilt nur für Erlaubnisse, nicht für Ausnahmegewilligungen (Rietdorf Anm. 3 zu § 23).

§ 10 Der Tatbestand des § 58 Abs. 2 RGaO

Da die sog. Ablösung nur in Verbindung mit einer Befreiung von der gesetzlichen Stellplatzpflicht auftreten kann, darf die Zulässigkeitsprüfung nicht auf die Ablösungsaufgabe beschränkt bleiben, sondern sie hat sich auch auf die normativen Voraussetzungen der Befreiung zu erstrecken. Dabei ist zu untersuchen, ob die mit der Ablösungsaufgabe versehene Befreiung den gesetzlichen Anforderungen entspricht.

Der Tatbestand des § 58 Abs. 2 RGaO kennt zwei Alternativen, bei deren Vorliegen von den zwingenden Vorschriften der Verordnung Befreiung erteilt werden **k a n n** : einmal, wenn die öffentlichen Belange die Abweichung erfordern, zum andern, wenn die Durchführung der Vorschriften im Einzelfall zu einer offenbar nicht beabsichtigten Härte führen würde, die Abweichung mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist und keine wesentliche Beeinträchtigung der Belange Beteiligter mit sich bringt. Die Vorschrift legt also die Entscheidung darüber, ob dispensiert wird oder nicht, in beiden Fällen grundsätzlich in das Ermessen der Befreiungsbehörde. Dieses Ermessen ist jedoch nicht völlig frei; es wird vielmehr durch unbestimmte Gesetzesbegriffe eingeschränkt, welche die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Befreiung bilden¹⁾.

Die erste Alternative, daß nämlich die öffentlichen Belange eine Abweichung von den Bestimmungen der RGaO erfordern, dürfte nur selten praktisch werden. In der Regel wird man davon ausgehen können, daß die Befolgung der gesetzlichen Vorschriften und nicht ein Abweichen von ihnen im öffentlichen Interesse liegen wird. Ausnahmen hiervon

1) Loening DVBl 1952 S. 235

sind allenfalls möglich, wenn diejenigen öffentlichen Belange, die den Erlaß der gesetzlichen Vorschriften veranlaßt haben, mit anderen höherwertigen kollidieren. Gerade das wird aber bei der für die Ablösung grundlegenden Bestimmung des § 2 kaum jemals eintreten, da die Gründe, welche den Verordnungsgeber dazu bewogen haben, von den Bauherren die Schaffung privaten Einstellplatzes zu verlangen, dieselben sind, die zum Erlaß der RGaO überhaupt geführt haben, nämlich die öffentlichen Verkehrsflächen für den fließenden Verkehr freizumachen und die Gemeinden als Träger der Parkplatzbaulast finanziell zu entlasten¹⁾. Demgegenüber haben z.B. ästhetische Motive zurückzutreten. Es ist deshalb unzutreffend, wenn Thiel-Frohberg²⁾ meinen, die öffentlichen Belange erforderten schon dann eine Befreiung von der Verpflichtung des § 2, sofern sonst eine Baulücke offenbleiben müßte³⁾. Man wird auch nicht sagen können, daß die öffentlichen Belange eine Befreiung verlangen, wenn von der Verpflichtung, privaten Einstellplatz zu schaffen, "abgelöst" wird⁴⁾. Die Schaffung öffentlichen Parkraumes stellt gegenüber der Erstellung privaten Einstellplatzes gemessen an den Zielen der RGaO kein plus, sondern ein minus dar. Deshalb kann die Ablösung niemals eine Befreiung von der gesetzlichen Stellplatzpflicht erforderlich machen, sie vermag allenfalls zu bewirken, daß die Befreiung mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist.

1) vgl. Baldauf BuG 1958 S. 317

2) Kommentar zur RGaO S. 165

3) vgl. auch Listemann Diss. S. 103

4) so wohl Listemann Diss. S. 105

Vereinbarkeit mit den öffentlichen Belangen ist eine der Dispensvoraussetzungen der zweiten Alternative des § 58 Abs. 2 RGaO. Daneben wird verlangt, daß die Durchführung der Regelvorschriften im Einzelfall zu einer offenbar nicht beabsichtigten Härte führen würde und die Befreiung keine wesentliche Beeinträchtigung der Belange Beteiligter mit sich bringt.

Eine durch die RGaO¹⁾ offenbar nicht beabsichtigte Härte wird stets dann anzunehmen sein, wenn dem Bauherrn im konkreten Fall nicht zugemutet werden kann, die gesetzlichen Bestimmungen einzuhalten, weil dies mit unverhältnismäßig großen Opfern für ihn verknüpft wäre. So wird man z.B. im Zusammenhang mit § 2 RGaO von einer unbeabsichtigten Härte sprechen dürfen, wenn die Schaffung von Einstellplatz nur durch Zukauf besonders wertvollen Geländes möglich wäre und die Herstellungskosten für den Einstellplatz dadurch ein vertretbares Maß überschreiten würden, weil sie in keinem vernünftigen Verhältnis zu der gesamten Bausumme mehr stünden. Überhaupt wären alle die Fälle, in denen Thiel-Frohberg die Anwendung der RGaO wegen Unvermögens der Bauherren für gegenstandslos halten, an dieser Stelle zu berücksichtigen, weil davon ausgegangen werden kann, daß die RGaO das Bauen an sich nicht behindern will. Eine unbeabsichtigte Härte liegt hingegen noch nicht vor, wenn ein Grundstück durch die gesetzlichen Vorschriften in seiner baulichen Ausnutzbarkeit beeinträchtigt wird.²⁾ Das Bestreben des Bauherrn, sein Grundstück rentabel zu gestalten, muß ebenfalls außer Betracht bleiben.³⁾

1) Es muß sich um eine durch die RGaO selbst offenbar nicht beabsichtigte Härte handeln (Thiel-Frohberg S. 165).

2) Thiel-Frohberg S. 165; Baltz-Fischer S. 304

3) Pr.OVG Bd. 104 S. 216; Thiel-Frohberg a.a.O.

Die Abweichung von den gesetzlichen Bestimmungen darf nach § 58 Abs. 2 RGaO auch keine wesentliche Beeinträchtigung der Belange Beteiligter mit sich bringen. Es fragt sich zunächst, wer als "Beteiligter" anzusehen ist. Da § 58 Abs. 2 die öffentlichen Belange gesondert aufführt, kann nicht jeder Verkehrsteilnehmer schon "Beteiligter" im Sinne dieser Vorschrift sein. Es muß sich vielmehr um einen begrenzten Personenkreis handeln, der sich erkennbar von der Öffentlichkeit abhebt. Hier ist in erster Linie an die Nachbarn des Bauherrn zu denken¹⁾. Ihre Belange können theoretisch immer dann beeinträchtigt werden, wenn sich für sie infolge der Befreiung ein tatsächlich oder rechtlich ungünstigerer Zustand ergibt, als er vorher bestanden hat. Im Dispensverfahren sind jedoch nicht alle nur denkbaren Minderungen der nachbarlichen Position zu berücksichtigen. Bloß subjektiv empfundene Beeinträchtigungen müssen außer Betracht bleiben. Es ist ein objektiver Maßstab anzulegen, der sich aus dem Sinn der jeweiligen gesetzlichen Bestimmungen ergibt. Demnach wird eine Beeinträchtigung nachbarlicher Belange nur dann möglich sein, wenn Befreiung von Vorschriften erteilt wird, die ganz oder teilweise dem Schutze des Nachbarn zu dienen bestimmt sind²⁾. Da § 2 RGaO nicht zu diesen Schutzbestimmungen³⁾ zählt, kann eine Befreiung hiervon nicht zu einer "Beeinträchtigung der Belange Beteiligter" führen. Deshalb ist dieses Tatbestands-

1) Thiel-Frohberg S. 168

2) vgl. OVG Münster DVBl 1958 S. 66

3) Ein Beispiel für eine solche Schutzbestimmung bildet § 11 RGaO. Danach müssen Einstellplätze, Garagen und ihre Nebenanlagen so angeordnet und ausgeführt werden, daß ihre Benutzung die Verkehrs- und Feuersicherheit nicht gefährdet, die Gesundheit nicht schädigt sowie das Arbeiten und Wohnen, die Ruhe und Erholung in der Umgebung durch Lärm und Gerüche nicht erheblich stört.

merkmal für die Zulässigkeit einer Befreiung von der gesetzlichen Stellplatzpflicht und damit auch für die Zulässigkeit der sog. Ablösung ohne größere Bedeutung.

Wichtig ist hingegen die dritte Voraussetzung, daß nämlich die Abweichung von den Vorschriften der RGaO mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist. Von ihr hängt in der Regel die Zulässigkeit der Befreiung ab, da die "offenbar nicht beabsichtigte Härte" und "keine wesentliche Beeinträchtigung der Belange Beteiligter" meistens vorliegen werden.

Zunächst muß geklärt werden, was unter "öffentlichen Belangen" zu verstehen ist, da es auf der Hand liegt, daß nicht alle öffentlichen Interessen bei der Dispensation in Betracht zu ziehen sind. Es gilt die für die Befreiung maßgeblichen öffentlichen Belange herauszufinden, mit denen die Abweichung vereinbar sein muß. Hierbei ist von dem Zweck auszugehen, dem die einengende Bestimmung, von der Befreiung erbeten wird, dienen soll. Nur wenn dieser Zweck in etwa gewahrt bleibt und die Befreiung keinen Zustand herbeiführt, der den Vorstellungen des Gesetzgebers direkt zuwiderläuft, wird man Vereinbarkeit mit den öffentlichen Belangen annehmen dürfen. Für einen Dispens von der Verpflichtung des § 2 RGaO ist es also erforderlich, daß die Mehrbelastung der öffentlichen Verkehrsflächen, die der Verzicht auf Einstellplatz zur Folge hat, den fließenden Verkehr nicht behindert. Dies mag z.B. der Fall sein, wenn die örtlichen Verhältnisse an dem Baugrundstück die Schaffung privaten Einstellplatzes entbehrlich machen, weil Abstellfläche so reichlich vorhanden ist, daß eine Behinderung des fließenden Verkehrs durch ruhende Kraftfahrzeuge ohnehin nicht zu befürchten ist. Das öffentliche Interesse an der Errichtung privaten Einstellplatzes wird aber auch dann nicht be-

sonders ausgeprägt sein, wenn statt des an sich geschuldeten privaten Einstellplatzes zusätzlicher öffentlicher Parkraum geschaffen wird und hierdurch eine Behinderung des fließenden Verkehrs vermieden werden kann. Dann ist es m.E. gerechtfertigt, eine Befreiung als "mit den öffentlichen Belangen vereinbar" zu bezeichnen, auch wenn ihr dieses Prädikat ohne Ablösungsaufgabe hätte versagt bleiben müssen.

Allerdings muß mit den Ablösungsgeldern auch tatsächlich öffentlicher Parkraum geschaffen werden, weil nur diese Art der Verwendung die Gewähr dafür bietet, daß die Befreiung von der Verpflichtung des § 2 RGaO mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist und innerer Zusammenhang zwischen der Ausnahmebewilligung und den Zahlungen des Bauherrn besteht. Die Ablösung stellt also keine neue Steuer dar, die zur Deckung allgemeiner Gemeindeausgaben herangezogen werden darf, sondern die hereinkommenden Gelder sind in den erwähnten Sinne zweckgebunden. Ihre zweckentsprechende Verwendung kann durch die Gemeindeprüfungsämter kontrolliert werden. Nach § 103 der Gemeindeordnung von NRW erstreckt sich die überörtliche Prüfung des Haushalts-Kassen- und Rechnungswesens der Gemeinden darauf, ob bei der Haushalts- und Wirtschaftsführung die Gesetze und die zur Erfüllung von Aufgaben ergangenen Weisungen eingehalten worden sind. Da die Zulässigkeit der Befreiung (Vereinbarkeit mit den öffentlichen Belangen) davon abhängt, daß mit den Ablösungsgeldern öffentliche Parkplätze geschaffen werden, entspricht die Haushaltsführung der Gemeinde nur dann den Gesetzen, wenn sie diese Zweckbindung berücksichtigt. Die Verwendung der Ablösungsbeträge ist also in jedem Fall nachzuprüfen, auch wenn die Aufsichtsbehörden von ihrem Weisungsrecht keinen Gebrauch gemacht haben.

Der Verpflichtung der Gemeinden, mit den Ablösungsgeldern den Bau von öffentlichen Parkplätzen zu finanzieren, steht jedoch keine entsprechende Berechtigung der Bauherren gegenüber, da es an einem Rechtssatz oder einem Vertrag fehlt, aus dem sich eine solche Berechtigung ergeben könnte. Zwar handelt die Verwaltung nur dann rechtmäßig, wenn sie die Zweckbindung der Ablösungsgelder beachtet, es gibt aber keinen allgemeinen Anspruch darauf, daß "richtig" verwaltet wird¹⁾. Auf zweckentsprechende Verwendung der Ablösungsmittel kann deshalb von den Bauherren nicht geklagt werden. Hiervon wird aber die Zulässigkeit der sog. Ablösung nicht berührt, weil eine Kontrolle über die Verwendung der von den Bauherren gezahlten Gelder auf andere Weise sichergestellt ist.

1) vgl. Wolff VerwR I S. 212

§ 11 Ergebnis

Als Ergebnis dieser Untersuchung läßt sich demnach feststellen, daß keine grundsätzlichen Zulässigkeitsbedenken gegen die sog. Ablösung bestehen. Das bedeutet allerdings nicht, daß die Behörden beim Vorliegen einer Dispenslage nach § 58 Abs. 2 RGaO einer speziellen Prüfung enthoben sind und die Befreiung von der Verpflichtung, Einstellplatz zu schaffen, in jedem Fall mit Ablösungsauflagen versehen dürfen. Die vorzunehmende Prüfung muß vielmehr zu dem Ergebnis führen, daß eine uneingeschränkte Dispensierung mit den Belangen des fließenden Verkehrs nicht zu vereinbaren ist und daß demgegenüber durch die Schaffung öffentlichen Parkraumes wenigstens ein Teil der eintretenden Mehrbelastung der öffentlichen Verkehrsflächen ausgeglichen werden kann. Sind diese Voraussetzungen gegeben, so besteht ein innerer Zusammenhang mit den Zielen der RGaO, so daß die Befreiungsbehörde dem Bauwilligen die Ablösung nahelegen darf. Hierzu ist die Auflage das geeignete Institut. Vertragskonstruktionen sind abzulehnen, da sie Gleichwertigkeit der vertraglichen Willenserklärungen voraussetzen. Sie entsprechen deshalb nicht den tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten einer Situation, bei der die Verwaltung die Möglichkeit hat, ihre Absichten auch einseitig durchzusetzen.

Lebenslauf

Am 5. Juni 1933 wurde ich als Sohn des damaligen Realschullehrers Hermann Tidten und seiner Ehefrau Johanna, geb. Berger, in Essen geboren. Von 1939 bis 1943 besuchte ich die Volksschule, zunächst in Essen und dann in Neckargerach, wo die Eltern meine Schwester und mich wegen der Fliegerangriffe bei Bekannten untergebracht hatten. Die darauffolgende Zeit bis zum Kriegsende verbrachte ich als Schüler der Essener Helmholtz-Oberschule im Zuge der Kinder-Land-Verschickung in Steinach am Brenner und in Sölden. 1945 wurde ich wegen veränderter Wohnverhältnisse Schüler des Gymnasiums Essen-Werden. Hier legte ich im Frühjahr 1953 die Reifeprüfung ab.

Im Sommersemester 1953 nahm ich an der Universität Köln das juristische Studium auf, das ich in Tübingen und Münster fortsetzte. Am 17. Juli 1957 bestand ich die Erste Juristische Staatsprüfung am Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Hamm. Seit dem 3. September 1957 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst.

Foto - Druck:
Chemoprint OHG.
Gießen